Die Teilnahme an der Teilnahme.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock

eingereicht von

Edmund Bongen

Referendar aus Dülken (Rhld.).

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Meiner Braut gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. Berlin 1907.

Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme. Diss. Göttingen 1904.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Berlin 1847.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Berolzheimer, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Diss. Erlangen 1909.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 7. Aufl. Leipzig 1907.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1872 u. 1877.

Bissingen u. Nippenburg, Die Lehre der akzessorischen Natur der Teilnahmehandlungen vom Standpunkt des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Diss. Würzburg 1908.

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Rostock 1885.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft. Berlin 1888.

v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und der Begünstigung. Gießen 1860.

v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.

v. Buri, Über Teilnahme am Verbrechen. Im Gerichtssaal 1870.

v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts. Berlin 1894.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = RG. in den angegebenen Bänden.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.

Foinitzky, Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW.) Bd. 12 S. 55–86.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Tübingen 1912.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, aufgestellt von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt, Goldschmidt. Berlin 1911.

Geyer, Die Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung. In v. Holtzendorffs Handbuch Bd. 2 S. 321 ff., Bd. 4 S. 116 ff.

Gerichtssaal = GerS. Zeitschrift für das Strafrecht, herausgegeben von Stenglein, in den angegebenen Bänden.

Goltdammers Archiv für Strafrecht, herausgegeben von Kohler, in den angegebenen Bänden.
Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Heidelberg 1909.
Höpfner, Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. In der ZStW. 1906 Heft 6.
Höpfner, Bemerkungen zu Belings Lehre von der Teilnahme. In der ZStW. 1907 Heft 5.
Huther, Die Kausalität des Willens im Strafrecht. Im GerS. Bd. 54 S. 260 ff.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. Mannheim 1890.
Kohler, Teilnahme und Urheberschaft. In Goltdammers Archiv Bd. 58 S. 1 ff.
v. Kries, Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme. In der ZStW. 1879 Bd. 7 S. 521 ff.
Krug, Die besonderen Umstände der Teilnahme. Breslau 1899.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 20. Aufl. Berlin 1914.
Mayer, Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Berlin 1910.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1898.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. Leipzig 1912.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 9. Aufl. Berlin 1912.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1896.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Aufl. Berlin 1879.
Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1881.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874.
Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869.
v. Schwartze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Leipzig 1884.
Temme, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Stuttgart 1878.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Allgem. Teil. 1909.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Leipzig 1881.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft = ZStW., herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal, in den angegebenen Bänden.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Die Lehre von der Teilnahme ist seit langem ein sehr bestrittenes Gebiet im Strafrecht. Die Ansichten bezüglich der wissenschaftlichen Erklärung der Strafbarkeit der Teilnahmehandlungen gehen weit auseinander. Noch größer ist die Meinungsverschiedenheit bei der Teilnahme an der Teilnahme, weil bei dieser eine doppelte Anwendung der Teilnahmekonstruktion in Frage kommt. Wie weit auch bei der wissenschaftlichen Erklärung der Teilnahme an der Teilnahme die Ansichten auseinandergehen, so stimmen sie doch fast alle in einem Punkte überein, nämlich darin, daß die Teilnahme an der Teilnahme bestraft werden soll. Wie die Strafbarkeit der Teilnahmeteilnahme zu erklären ist, darüber ist meistens nichts gesagt. Es scheint fast, als sei bei der festen Überzeugung von der Notwendigkeit der Strafbarkeit die Begründung vergessen geblieben. Neuerdings hat Hilgemann[1]) eine Untersuchung über die Teilnahme an der Teilnahme angestellt, und er kommt (S. 33) zu dem Resultat, daß die Teilnahme an der Teilnahme straflos deswegen sei, weil die Teilnahme eine unselbständige Handlung sei und nach unserem Strafgesetzbuch nur an selbständigen Täterhandlungen teilgenommen werden könnte.

Nicht nur angesichts der herrschenden, fast einstimmigen Lehre muß dies Ergebnis befremden, sondern hauptsächlich deshalb, weil die Ansicht Hilgemanns über die Teilnahme sich auf die Konstruktion der Teilnahme nach Beling stützt und er in dieser Konstruktion das Hauptargument gegen die Annahme einer strafbaren Teilnahmeteilnahme findet, während Beling[2]) selbst auf

---

[1]) Die Teilnahme an der Teilnahme, Diss. Münster 1908.

[2]) Die Lehre vom Verbrechen S. 447.

Grund seines Teilnahmebegriffs zu dem entgegengesetzten Resultate kommt und kein Moment gegen diese Annahme in der Konstruktion selbst noch im Gesetze findet.

Im folgenden soll untersucht werden, wie es mit der Strafbarkeit der Teilnahmeteilnahme steht, und zwar soll die Lehre Belings, worauf Hilgemann sich stützt, besonders berücksichtigt werden.

Hilgemann (S. X) hat bereits darauf hingewiesen, daß dem Streit um die Auffassung der Teilnahme an der Teilnahme nicht etwa, wie Olshausen[1]) glaubt, das praktische Interesse fehlt. Es stehen sich bezüglich der Teilnahmeteilnahme drei Ansichten gegenüber:

1. die Teilnahme an der Teilnahme wird bestraft als mittelbare Teilnahme an der Haupttat,
2. Teilnahme an der Teilnahme wird bestraft als Teilnahmeteilnahme,
3. Teilnahme an der Teilnahme bleibt straflos.

Je nachdem man sich nun auf den einen oder anderen Standpunkt stellt, ergibt sich für die Beihilfe an der Beihilfe ein ganz verschiedenes Resultat.

„Faßt man die Beihilfe zur Beihilfe als mittelbare Beihilfe zur Haupttat auf, so ist die Strafe dieselbe wie bei der unmittelbaren Beihilfe: sie ist nach den über den Versuch gegebenen Vorschriften zu ermäßigen.

Huldigt man dem Grundsatz von der Selbständigkeit der Beihilfehandlung und stellt man also die Beihilfe zur Beihilfe der Beihilfe zu einer anderen strafbaren Handlung gleich, so ist der Strafrahmen doppelt zu reduzieren.

Charakterisiert man endlich die Beihilfe zur Beihilfe als ein eigentümliches Gebilde, auf das eine Strafdrohung unseres Gesetzes nicht paßt, so bleibt sie straflos."[2])

Hieraus ergibt sich die Berechtigung der vorliegenden Untersuchung von selbst.

---

[1]) S. 191 Nr. 23 zu § 48.

[2]) Hilgemann S. X.

§ 2.

Im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches sind die einzelnen Verbrechenstypen aufgestellt, und zwar sind diese „zum größten Teil so gefaßt, daß die Strafdrohung auf ihre Verwirklichung durch die Tätigkeit einer Person zutrifft".[1] So heißt es im § 212 StGB.:

> „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn **er** die Tötung mit Überlegung ausführt"

und im § 213:

> „War **der** Totschläger ohne eigene Schuld durch eine **ihm** oder einem anderen oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung" usw.

Die Ausführung der im Besonderen Teil so formulierten Handlung nennt man Täterschaft. Für den einzelnen Täter genügt diese Bestimmung des Besonderen Teiles; eine besondere Definition erübrigt sich.[2] Jedoch können die dort aufgestellten Bestimmungen zum größten Teil nicht ohne weiteres Anwendung finden, wenn mehrere zusammen die strafbare Ausführungshandlung vorgenommen haben; man kann dann eben nicht von dem einzelnen sagen, daß er getötet oder eine Sache gestohlen habe, sondern doch nur, daß er mit anderen getötet, mit anderen eine Sache weggenommen habe. Damit nun solche Handlungen auch unter das Gesetz fallen, bedurfte es einer besonderen Bestimmung. Und da diese Art der Ausführung bei fast allen Tatbeständen des Strafgesetzbuchs möglich ist, so ist nicht bei den einzelnen Verbrechern darüber Bestimmung getroffen, sondern für sämtliche eine Strafdrohung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs aufgenommen.[3] [4] Die Bestimmungen darüber, wie diese Strafdrohung des Besonderen Teils auf mehrere Beteiligte Anwendung zu finden hat, findet

---

[1] Vorentw. § 299.

[2] Berner S. 60.

[3] So auch Vorentw. S. 300; Beling S. 455, 456; Birkmeyer, Teilnahme S. 261.

[4] Anders das norwegische Strafgesetzbuch. Hier findet sich bei den einzelnen Tatbeständen die Bestimmung über Teilnahme: „Wer bewirkt oder dazu mitwirkt daß . . ."; vgl. Vorentw. S. 300 Anm. 1.

sich im 3. Abschnitt des Allgemeinen Teils, der mit „Teilnahme" überschrieben ist, in den §§ 47, 48, 49.[1])

Es lautet § 47:

„Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Täter bestraft".

§ 48:

„Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke usw. . . . vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Verbrechen festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat".

§ 49:

„Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehilfen ist nach demjenigen Gesetze festzustellen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hilfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen".

Mehr Arten der Teilnahme an einem Verbrechen gibt es nach unserm Strafgesetzbuch nicht. Eine Beteiligung nach Begehung des Verbrechens stellt sich nicht mehr als „Teilnahme" dar.[2])

v. Liszt will unter „Teilnahme" nur Anstiftung und Beihilfe verstanden wissen.[3]) Die Unrichtigkeit dieser Unterscheidung ergibt sich schon von selbst aus der Überschrift des dritten Abschnitts des Allgemeinen Teils, der mit „Teilnahme" überschrieben ist und in dem die einzigen Arten der Beteiligung, auch die Mittäterschaft, geregelt sind; dann aber auch aus der Gegenüberstellung

---

[1]) Der erst später eingeführte § 49a stellt keine besondere Art der Teilnahme dar, sondern bestraft von den Teilnahmetätigkeiten einige unter besonderen Voraussetzungen. Hierauf wird noch die Rede kommen.

[2]) Eine Beteiligung nach Begehung eines Verbrechens ist auch nicht bei allen Verbrechen möglich, so nicht bei Meineid, und daher hat sie nicht im Allgemeinen, sondern im Besonderen Teil ihre Regelung gefunden.

[3]) S. 226: „Die Teilnahme ist nach geltendem Recht entweder Anstiftung oder Beihilfe". Dieser Ansicht hat sich Hilgemann (S. 2) angeschlossen.

im § 50: auf der einen Seite der Täter, auf der anderen Seite der Teilnehmer, und darunter gefaßt Mittäter, Anstifter und Gehilfe.[1]) Allerdings ist es richtig, daß zwischen diesen drei Arten der Teilnahme ein großer Unterschied besteht und eine begriffliche Unterscheidung unbedingt geboten ist. Die Mittäterschaft stellt sich dar als eine Beteiligung an der im Besonderen Teil formulierten Ausführungshandlung, als eine Täterschaft, wenn auch nicht als Alleintäterschaft. Anstiftung und Beihilfe aber stellen sich nicht als Ausführungshandlung eines im Besonderen Teil aufgestellten Tatbestandes dar. Ausdrücklich sagt § 48, daß ein anderer das Verbrechen des Besonderen Teiles begehe, und § 49, wer dem Täter Hilfe leistet. Durch die Mittäterschaft wird das Verbrechen tatsächlich mitbegangen, durch Anstiftung und Beihilfe wird es nur veranlaßt oder gefördert. Anstiftung und Beihilfe setzen demnach die Ausführung einer strafbaren Handlung durch einen Dritten voraus. Das Ausführen des § 47 ist dagegen das Begehen der strafbaren Handlung selbst.[2]) Hiernach ergibt sich für die Anstiftung und Beihilfe ein Abhängigkeitsverhältnis von der Haupttat. Man hat dasselbe Akzessorietät genannt. Bezüglich der Mittäterschaft besteht ein solches Abhängigkeitsverhältnis nicht.

Birkmeyer schreibt auch der Mittäterschaft akzessorische Natur zu, ebenfalls das Reichsgericht.[3])

Die Erklärung, wie man dazu gekommen ist, auch die Mittäterschaft akzessorisch zu behandeln, gibt der Vorentwurf zum neuen Strafgesetzbuch (S. 304) mit folgenden Worten: „Die Nebeneinanderstellung der Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe in dem Abschnitt über ‚Teilnahme‘ in Verbindung mit der Vorstellung, daß jeder Teilnahme nach der Absicht des Gesetzes akzesso-

---

[1]) So auch Meyer S. 241; Birkmeyer, Teilnahme S. 148 und die gemeine Meinung.

[2]) So auch Graf Bissingen und Nippenburg S. 13.

[3]) Birkmeyer, Teilnahme S. 148: „Wie Anstifter und Gehilfen im akzessorischen Verhältnis zum Täter, so stehen die Mittäter im akzessorischen Verhältnis zueinander“; RG. Bd. 40 S. 25: „Bei der ebenfalls unselbständigen akzessorischen Natur der Anstiftung kann auch diese ohne das Vorhandensein einer rechtlich wirksamen Haupttat nach § 48 nicht bestraft werden. Zu einem ähnlichen Ergebnisse muß man nicht minder bei der Mittäterschaft kommen“.

rischer Charakter zukomme, hat dazu geführt, trotz der bekannten[1]) wesentlichen Unterschiede auch der Mittäterschaft diesen Charakter in ziemlich unbestimmter Weise zuzuschreiben".

Daß auch die Mittäterschaft in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, derart, daß der fehlende Teil der Ausführung von einem Dritten ergänzt werden muß, soll nicht geleugnet werden, aber ein Abhängigkeitsverhältnis wie bei der Anstiftung und Beihilfe besteht nicht; die Mittäterschaftshandlungen sind erstens Ausführungshandlungen und dann einander koordiniert, während Anstiftungs- und Beihilfehandlungen keine eigentlichen Ausführungshandlungen und subordiniert sind. Es ergibt sich daher, daß die Mittäterschaft völlig anders geartet ist als die Anstiftung und Beihilfe, und daß die Mittäterschaft nicht zur Teilnahme im „engeren" Sinne gerechnet werden kann, sondern neben der Täterschaft behandelt werden muß.

In richtiger Erkenntnis dieser Tatsache hat auch der Vorentwurf im 7. Abschnitt bei der Behandlung der Teilnahme die Mittäterschaft nicht mitbehandelt.[2]) Die ganzen Bestimmungen über Mittäterschaft sind gestrichen, weil die Mittäterschaft wirkliche Täterschaft ist.[3])

Es soll nun bei der weiteren Untersuchung unter „Teilnahme" nur die Teilnahme im engeren Sinne verstanden werden, einmal weil die nach geltendem Recht zur Teilnahme zu rechnende Mittäterschaft ganz anders geartet ist, weil sie eine Form der Täterschaft ist;[4]) dann aber auch wird in Zukunft, wenn nach dem Vorschlag des Entwurfes in einem neuen Strafgesetzbuch nur Anstiftung und Beihilfe als Teilnahme aufgefaßt werden sollte, die Frage nach der Konstruktion der Teilnahmeteilnahme nur noch bezüglich Anstiftung und Beihilfe Bedeutung haben.

Kohler faßt die Anstiftung als mittelbare Täterschaft, als intellektuelle Urheberschaft auf. Er führt aus[5]): „Hiernach ist die Anstiftung zwar ihrer sittlichen Qualität nach, nicht aber nach

[1]) Das sind im allgemeinen die oben angeführten.

[2]) Vorentw. S. 299.

[3]) So auch v. Liszt in ZStW. Bd. 30 S. 268.

[4]) So Frank S. 84.

[5]) Studien S. 113.

ihrem juristischen Charakter von demjenigen unbeschieden, was man mittelbare Täterschaft nennt. Sie ist juristisch nicht unterschieden, was den Anstifter selbst angeht. Bezüglich des faktischen Täters ist allerdings ein besonderer Unterschied, in dem einen Falle ist der faktische Täter als Täter eines dolosen Deliktes verantwortlich, in dem anderen Falle ist er entweder gar nicht verantwortlich, oder nur verantwortlich vom Standpunkt der culpa-Haftung aus. Bei der Anstiftung haben wir daher zwei Täter, den Anstifter als den intellektuellen Täter und den Täter als intellektuellen und faktischen Täter zugleich. Der Angestiftete ist Werkzeug des Täters, aber er ist nicht willenloses oder bewußtloses, er ist ein des deliktuosen Zieles bewußtes Werkzeug des Täters. Er ist Werkzeug des Täters, sofern er die vom Anstifter in ihm erregten Tatmotive hat wirken lassen, er ist selbst Täter und als Täter schuldig, weil er die von dem Anstifter geöffneten Schleusen nicht geschlossen und auf solche Weise dem erregten Sturm des Willens nachgegeben hat".

Die Gedankenfolgerung Kohlers scheint auf den ersten Blick zum richtigen Resultat zu führen. Wenn A den B töten will und er bedient sich dazu im ersten Falle eines Gewehres, im zweiten Falle eines Tieres, im dritten eines unzurechnungsfähigen Menschen, im vierten eines zwar an sich zurechnungsfähigen, aber im Irrtum befindlichen Menschen, im fünften eines zurechnungsfähigen Menschen, so sind nach Kohlers Ansicht alle Fälle bezüglich der Tat des Anstifters gleich. Der Unterschied liegt nur darin, daß im letzten Falle neben dem A noch ein zweiter verantwortlich ist. Jedoch dem geltenden Recht entspricht diese Ansicht nicht. Allein schon die Tatsache, daß im § 48 StGB. Bestimmungen darüber getroffen sind, wie derjenige bestraft werden soll, der einen anderen zu einer strafbaren Handlung bestimmt, macht schon die Ansicht Kohlers hinfällig. Es würde gar nicht zu verstehen sein, weshalb der Gesetzgeber diese Bestimmung über Anstiftung erlassen hätte, wenn „die physische Beeinflussungshandlung, soweit es sich um die Beeinflussung Deliktsfähiger handelt, unter dem Gesichtspunkt der Ursächlichkeit für die Tat zu betrachten sei.[1])

[1]) v. Zahn im GerS. Bd. 69 S. 34; ebenso Olshausen § 48, 1.

Mit Recht sagt v. Bar (Bd. 2 S. 578) von der Auffassung Kohlers: „Wäre diese Ansicht, daß einfach die Regeln über den Kausalzusammenhang anzuwenden seien, richtig, so würde selbstverständlich die besondere Materie in dem Gesetze wie in der Theorie verschwinden, und das Strafrecht würde nicht unerheblich vereinfacht".

Die ganze Ausführung Kohlers leidet aber auch noch an einem logischen Fehler. Bauer (S. 62) hat hierauf bereits aufmerksam gemacht. Kohler sieht einmal den Anstifter als intellektuellen Urheber an, dann behauptet er, die Ausdrucksform, daß als Anstifter bestraft wird, wer einen andern zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung anstiftet, besage weiter nichts, „als daß eben ein selbstverantwortlicher und darum strafbarer Täter vorhanden sein muß, welcher sich die Tat als seine Tat anrechnen muß, weil er die nötige Reaktion gegen die erregten Motive unterlassen hat" (S. 111).

Der Anstifter wird aber als intellektueller Urheber auch dann bestraft, wenn ein strafbarer Täter nicht vorhanden ist. Hiermit würde das in § 48 StGB. aufgestellte Erfordernis, daß ein strafbarer Täter vorhanden sein muß, tatsächlich ohne Bedeutung. „Es sinkt damit jenes Erfordernis der strafbaren Täterschaft zum bedeutungslosen Schemen herab, das nur pro forma überall da, wo es nicht den Forderungen der Wirklichkeit im Wege steht, noch respektiert wird." [1]) Entweder ist nun zur Bestrafung des Anstifters ein strafbarer Täter erforderlich, und dann ist die Ansicht Kohlers, daß auch ohne dies Erfordernis Bestrafung wegen Anstiftung möglich wäre, unrichtig, oder es ist ein strafbarer Täter nicht erforderlich, und dann ist die Bestimmung des § 48, daß ein strafbarer Täter vorhanden sein müsse, was ja Kohler auch selbst zugibt, überflüssig und nicht zu erklären. Das Erfordernis der verantwortlichen Täterschaft ist nun aber in § 48 auch nach Kohlers Ansicht aufgestellt, und mit dieser Feststellung ist die Ansicht Kohlers gerichtet.

v. Buri wird durch die Konsequenzen der von ihm vertretenen subjektiven Theorie dazu geführt, überhaupt eine An-

---

[1]) Bauer S. 62.

stiftung zu leugnen. Er sagt[1]: „Man muß zu der Erkenntnis vordringen, daß die besonderen Schuldformen der mittelbaren und unmittelbaren Täterschaft, der Mittäterschaft, Anstiftung und intellektuellen Urheberschaft als überflüssig in Wegfall kommen, wenn das Prinzip der vollen Ursächlichkeit der bloßen Mitwirksamkeit angewendet wird und in diesem Falle lediglich eine klare Unterscheidung der Urheberschaft und Beihilfe vom subjektiven Standpunkte aus geboten erscheint". Nach der subjektiven Theorie darf zwischen Ursache und Bedingung nicht unterschieden werden; allein der Wille ist für die Unterscheidung der verschiedenen Tätigkeiten maßgebend, ein äußeres Unterscheidungsmerkmal gibt es nicht. Urheber ist derjenige, der mit animus auctoris handelt, der seine eigene Tat vollbringen will, der sein eigenes Interesse verfolgt und unbedingt die Tat will. Hiergegen handelt der Gehilfe mit animus socii, er will eine fremde Tat unterstützen, er handelt, um den Zweck eines anderen zu verwirklichen, sein Wille ordnet sich dem eines anderen unter, dem Willen desjenigen, der mit Urheberwillen handelt. „Dieselbe Tätigkeit also kann zum Urheber und zum Gehilfen machen, je nachdem eine urheberische oder eine beihelfende Absicht zugrunde liegt, sie mag ganz unerheblich oder nur von geringer Wirksamkeit für den Erfolg gewesen sein." [2]) Mehr Formen der Beteiligung am Verbrechen als Urheberschaft und Beihilfe gibt es danach nicht. Mittäterschaft und Anstiftung sind nur tatsächliche Erscheinungen der Urheberschaft.

Gegenüber den Ausführungen v. Buris ist mutatis mutandis dasselbe zu erwidern, was gegen die Ansicht Kohlers ausgeführt ist. Das Dasein der Bestimmungen über Anstiftung und Mittäterschaft genügt schon, um zu beweisen, daß ein Unterschied zwischen diesen Formen und der Täterschaft auf objektivem Gebiete zu suchen ist. Von einem bestimmt gearteten Willen, der bei der Beurteilung nach der Art der Teilnahme den Ausschlag zu geben habe, ist in den Paragraphen über die Teilnahme nirgends die Rede, wohl sind objektive Unterscheidungsmerkmale gegeben.[3])

---

[1]) Kausalität S. 62.

[2]) v. Buri, Teilnahme S. 2.

[3]) Frank S. 91.

Die ganze subjektive Theorie scheitert auch, wie v. Liszt[1]) bemerkt, daran, daß derjenige, der einen Mord „mit sich unterordnendem Willen" begehen würde, nicht als Täter, sondern als Gehilfe anzusehen wäre, und ebenfalls wäre nur Gehilfe derjenige, der eine Tat im Interesse eines Dritten ausführt.

§ 3.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, daß nach dem geltenden Strafrecht die Teilnahme Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe umfaßt. Als Teilnahme im engeren Sinne ist Anstiftung und Beihilfe anzusehen, und diese beiden Formen sollen im folgenden unter Teilnahme verstanden werden.

Als Formen der Teilnahme an der Teilnahme kommen dann in Betracht

1. Anstiftung zur Anstiftung,
2. Anstiftung zur Beihilfe,
3. Beihilfe zur Anstiftung,
4. Beihilfe zur Beihilfe.

Diese verschiedenen Konstruktionen der Teilnahmeteilnahme sind sämtlich begrifflich möglich; die Möglichkeit derselben wird auch allgemein anerkannt, selbst von denjenigen, die die Teilnahmeteilnahme für straflos halten; es wird von den Vertretern dieser Ansicht die Straflosigkeit nicht aus begrifflicher Unmöglichkeit gefolgert, sondern aus anderen Gründen.

Wie sich die verschiedenen Arten der Teilnahme an der Teilnahme in der Praxis ausnehmen, zeigen folgende Beispiele, die Hilgemann anführt[2]):

„A, wohnhaft zu X, ist ein erbitterter Feind des B, wohnhaft zu Y, und will diesem die gefüllten Kornscheunen in Brand setzen; er selbst kann aber, da ein Hochwasser die Brücke, über welche der Verbindungsweg zwischen X und Y führt, fortgespült hat, nicht nach Y gelangen. Er begibt sich zu C und veranlaßt diesen, durch die vom Hochwasser nicht beschädigte telephonische

---

[1]) S. 225 Anm. 10.

[2]) Hilgemann S. 5.

Leitung den D, seinen (des C) zu Y wohnenden Freund, zu bestimmen, die Scheunen des B anzuzünden".

Wenn C den D tatsächlich bestimmt und D die Scheunen des B anzündet, dann liegt Anstiftung zur Anstiftung vor.

„A will von dem Grundstücke des B Kartoffeln stehlen. Wie er die von ihm bereits ausgerodeten Kartoffeln einsacken will, entdeckt er zu seinem größten Leidwesen, daß der von ihm mitgenommene Sack vollständig zerrissen ist. Er geht zu dem in der Nähe wohnenden C, um von ihm einen unversehrten Sack zu erbitten. C, welcher, von seiner Frau aufmerksam gemacht, der emsigen Arbeit des A auf dem fremden Grundstück bereits längere Zeit zugeschaut hat, zögert, in der Erwägung, der Diebstahl könnte entdeckt werden. Seine Frau aber bestimmt ihn, dem A den Sack zum Fortschaffen der Kartoffeln zu leihen." Hierdurch begeht die Frau des C Anstiftung zur Beihilfe.

„A will den B bestimmen, eine konkrete strafbare Handlung zu begehen. Auf seinem Zimmer kann er aber wegen der zum Horchen geneigten Nachbarn die Anstiftung nicht ausführen, ohne Gefahr zu laufen, daß seine Straftat bald in aller Munde ist. Er geht deshalb mit dem B zum C, welcher ihm seine Wohnung für die vorzunehmende Anstiftung bereitwilligst zur Verfügung stellt und sich dadurch einer Beihilfe zur Anstiftung schuldig macht."

Würde in dem vorigen Beispiel C dem A seine Wohnung zur Verfügung stellen, damit A dem B zu einer strafbaren Tat Beihilfe leisten könnte, so würde Beihilfe zur Beihilfe anzunehmen sein.[1])

[1]) Hierbei soll angenommen werden, daß durch diese Handlung nicht zugleich dem B selbst Hilfe geleistet wird.

Zweiter Abschnitt.

§ 4.

Die Frage, wie die Teilnahmeteilnahme rechtlich zu konstruieren sei, ist natürlich nur zu beantworten, wenn vorher das Wesen der Teilnahme erörtert ist, da gerade aus der Teilnahme heraus die Streitfrage, ob an einer Teilnahmehandlung eine strafbare Teilnahme möglich ist, zu entscheiden ist.

Es ist oben bereits darauf hingewiesen, daß durch die Fassung der §§ 48, 49 StGB. eine gewisse Abhängigkeit für Anstiftung und Beihilfe dadurch konstatiert ist, daß sowohl Anstiftung als auch Beihilfe die Begehung der Tat voraussetzen, zu der angestiftet oder Beihilfe geleistet worden ist.

Dieses Abhängigkeitsverhältnis, die sogen. Akzessorität, ist nun sehr verschieden aufgefaßt worden.

Höpfner[1]) faßt die Anstiftung und Beihilfe als selbständig strafbare Handlungen auf, die aber vom positiven Recht insofern in ein Abhängigkeitsverhältnis gebracht sind, als eine Bedingtheit der Strafbarkeit und eine Abhängigkeit des Strafmaßes für sie bestehe. Diese Bedingtheit der Strafbarkeit will er aber nicht so aufgefaßt wissen, daß tatsächlich ein verantwortlicher Täter verlangt werde, sondern derart, daß darunter nur das objektive Vorliegen des strafbaren Tatbestandes zu verstehen sei. Unter „strafbare Handlung" im § 48 und unter „Verbrechen" und „Vergehen" in § 49 sei diejenige Handlung zu verstehen, die den Tatbestand eines speziellen Gesetzes erfülle. Es sei nicht notwendig, daß subjektiv der Tatbestand des Verbrechens gegeben sei.

---

[1]) S. 603/04 (1906).

Den gleichen Standpunkt vertritt Herzog.[1]) Nach ihm genügt ebenfalls das Vorliegen einer objektiv strafbaren Handlung, „die äußere Verbrechensfigur". Ob dann im konkreten Falle wirklich ein strafbarer Täter vorhanden sei, sei gleichgültig. Nach dieser Auffassung würde auch Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen möglich sein. Die herrschende Lehre hat in den Fällen der Teilnahme an der Handlung eines Unzurechnungsfähigen mittelbare Täterschaft angenommen, da eine strafrechtliche Teilnahme wegen des Mangels einer strafbaren Handlung nicht möglich sei. Die Auffassung Höpfners kommt um den Begriff der mittelbaren Täterschaft in vielen Fällen herum. Einen Grund für die von ihm vertretene Ansicht gibt Höpfner nicht an. Er sagt selbst, daß es sprachlich am nächsten liege, unter strafbarer Handlung eine Handlung zu verstehen, die wirklich bestraft werden könnte;[2]) aber er glaubt, den Beweis erbracht zu haben, daß es auch möglich sei in §§ 48, 49 unter „strafbarer Handlung" eine solche Handlung zu verstehen, die objektiv einen Tatbestand des Besonderen Teiles darstelle und allein die Möglichkeit einer solchen Annahme läßt ihn ohne jeden weiteren Beweis die Ansicht vertreten, daß der Gesetzgeber auch tatsächlich auf diesem Standpunkte stehe. „Die Notwendigkeit solcher Auslegung läßt sich freilich nicht erweisen",[3]) und diese seine eigene Angabe genügt schon, um seine Ansicht abzulehnen.[4]) Aus dem Abs. 2 des Paragraphen ergibt sich aber auch ohne weiteres, daß der Begriff „strafbare Handlung" anders auszulegen ist, als dies die Vertreter der obengenannten Ansicht tun; es heißt dort, daß die Strafe nach dem Gesetz festzusetzen

---

[1]) GerS. Bd. 30 S. 294 ff., Bd. 24 S. 435 ff., Bd. 26 S. 28 ff.

[2]) Höpfner S. 605 (1906).

[3]) S. 607 (1906).

[4]) Höpfner (S. 466 [1907]) meint übrigens, daß Beling in seiner Lehre von der Teilnahme auf demselben Standpunkt stehe. Das ist aber nicht der Fall. Beling fordert ausdrücklich für die Strafbarkeit der Teilnahme, daß die Haupttat wirklich begangen sei (S. 466), und zwar will er unter Haupttat die Handlung verstanden wissen, die sie ausweist als eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte, mit einer passenden Strafdrohung versehene und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung (S. 416); von dem Anstiftungsbegriff de lege ferenda von Beling, der allerdings dem Standpunkt Höpfners sehr nahe kommt, soll später die Rede sein.

ist, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat. Auf eine Handlung kann aber nur dann ein Strafgesetz Anwendung finden, wenn sämtliche für die Strafbarkeit erforderlichen Momente vorliegen, und das ist nicht nur der objektive Tatbestand, sondern auch die andern Requisite: Rechtswidrigkeit, Schuldhaftigkeit.[1])

Die Auffassungen Höpfners und Herzogs, ebenfalls diejenige Kohlers, die, wie wir gesehen haben, mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sind, sind nicht so sehr aus innerer Überzeugung bezüglich des Wesens der Teilnahme geboren, sondern vielmehr aus der Tatsache, daß die gegenteilige Auffassung von der völligen Unselbständigkeit der Teilnahme ihnen nicht zusagt, und die Suche nach einer anderen Erklärung hat sie auf diesen Weg geführt.[2]) Höpfner gesteht dies selbst ein, er vertritt den obenerwähnten Standpunkt, „weil die gegenteilige Auffassung zu unannehmbaren Resultaten führt", und Kohler[3]) sagt, „die Anstiftung ist selbständig und darum abgestuft nicht nach den Verhältnissen, welche für eine fremde, sondern nach den Verhältnissen, welche für die eigene Tat maßgebend sind. Wir haben also damit ein Hilfsmittel, durch welches die Wahrung der sozialen Interessen in noch viel ausreichenderer Weise erzielt werden kann, denn der Anstifter wird getroffen, und er wird getroffen in der vollen Kraft seiner eigenen Verantwortung".

§ 5.

Während das Bestreben Höpfners und Herzogs bei der Anerkennung eines gewissen Abhängigkeitsverhältnisses der Teilnahme dahin geht, die Teilnahme möglichst selbständig zu gestalten, finden wir auf der anderen Seite die Ansicht vertreten, daß die Teilnahme völlig unselbständig sei. Die Teilnahme ist

---

[1]) So auch Berolzheimer S. 9; vgl. Tosetti im GerS. Bd. 79 S. 85ff.

[2]) Daß ihnen die gegenteilige Auffassung nicht zusagt, ist ganz erklärlich, die Gründe hierfür sind im folgenden dargelegt.

[3]) Studien S. 110.

akzessorisch, heißt nach Birkmeyer[1]) und Borchert (S. 51): Die Teilnahmehandlungen sind, für sich allein betrachtet, keine strafbaren Handlungen, vielmehr werden sie zu strafbaren Handlungen erst, insofern sie sich zu einer selbständig strafbaren Handlung hinzugesellen. Sie sind nicht selbständig strafbar, sondern sind es nur aus dem Verbrechen eines andern heraus, an welchem die Teilnehmer teilgenommen haben. Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten und durch die strafbare Handlung des Täters erhält die vorher vollständig straflose Teilnahmehandlung ihren strafrechtlichen Charakter.[2])

Zunächst ist hiergegen zu sagen, daß unser modernes Strafrecht „das Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit als einen seiner Grundbegriffe ankündigt".[3]) Ein jeder wird für seine Tat bestraft, und eine Verantwortlichkeit und Haftung für die Schuld anderer Personen ist dem Gesetz nur in einigen leichteren Fällen bekannt, so bei den Preßdelikten. Bei letzteren Delikten haben wir aber nicht als Grundgedanken die Haftung für fremde Schuld, sondern nur aus Gründen der Verbrechensbekämpfung macht der Gesetzgeber in § 21 PreßG. v. 27. 5. 1874 den Redakteur und die übrigen dortgenannten Personen für den betreffenden Artikel verantwortlich, weil er sonst vielfach machtlos diesen Delikten gegenüberstehen würde, und nur durch die Strafdrohung für den Redakteur usw. den wirklichen Schuldigen zu fassen sucht.

Früher war allerdings der Gedanke der Verantwortlichkeit für fremde Schuld vielfach ausgebildet. „Ganze Familien, ganze Geschlechter, ganze Staaten mußten die kriminelle Verantwortung für die Schuld einzelner übernehmen, ebenso gab es Gesetzgebungen, wonach der Gastgeber für die Delikte seines Gastes, der Bürge für die Delikte des Verbürgten haften mußte".[4])[5])

---

[1]) Teilnahme S. 146.

[2]) vgl. RG. Bd. 5 S. 227, Bd. 11 S. 28.

[3]) Foinitzky S. 77.

[4]) Kohler S. 108.

[5]) Löwenheim wendet sich (S. 15) gegen die auch in dieser Abhandlung, S. 6 ff., abgelehnte Ansicht Kohlers, daß die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft zu strafen sei. Er meint aber dort, Kohler mache der Auffassung, daß die

Nach der berüchtigten lex quisquis wurde nicht nur der Hochverräter selbst, sondern auch sein Sohn bestraft.[1]) Unser heutiges Strafrecht kennt aber eine solche Verantwortung für fremde Schuld im allgemeinen nicht mehr.[2]) Wenn nun für die Teilnahme trotzdem behauptet wird, daß der Teilnehmer aus der Handlung des Täters heraus gestraft wird, während seine Handlung strafrechtlich indifferent ist, so wird man mit Recht die zwingendsten Beweise für eine derartige Konstruktion, die einen bedeutenden Rückschritt in unserm Strafrecht darstellen würde, fordern müssen. Diese Forderung stellt auch Kohler (S. 108) auf: „Darum wäre die Teilnahme an der Verantwortung des Täters eine Abweichung von dem individualistischen Prinzip des heutigen Strafrechts, eine Abweichung, welche besonderer Rechtfertigung bedürfte".

Eigentümlich ist, daß von den meisten diese Konstruktion, nämlich die Aneignung fremder Schuld, einfach hingenommen wird, ohne überhaupt die Möglichkeit einer solchen Entlehnung und ihre Vereinbarkeit mit der sonst geltenden Lehre von der individuellen Verantwortlichkeit zu prüfen. Mit Recht sagt v. Buri: „Wie man sich eine fremde Schuld aneignen oder die Schuld des Täters sich auf die Gehilfen ablagern könne, das hätte nicht mit Stillschweigen übergangen werden dürfen", und er fährt weiter fort: „Jedenfalls entsteht aber doch die Schuld des Täters erst mit der von dem Täter geäußerten Tätigkeit, und es ist darum, wenn der Gehilfe vor ihm handelt, gar keine Schuld des Täters vorhanden, die er sich aneignen könnte. Die

Anstiftung wirkliche Teilnahmeform sei, den Vorwurf, sie widerspreche der modernen Kulturidee, und die Gegenüberstellung von früher schuldlos haftenden Personen, wie des Gastgebers für den Gast, mit dem Anstifter sei verfehlt, weil bei dem Anstifter eine wirkliche Teilnahmeschuld vorliege, für die er gestraft werde. Der Ansicht, daß der Teilnehmer für eigene Schuld haftbar zu machen sei, ist Kohler sicherlich, und er wendet sich nur gegen die auch hier angegriffene Auffassung, daß die Teilnahme eine indifferente Handlung sei, die ihre Strafbarkeit der Haupthandlung entlehne; daß eine derartige Auffassung der modernen Kulturidee widerspricht, ist oben dargetan. Gegen die akzessorische Natur als solche, derart aufgefaßt, daß der Teilnehmer für eigene Schuld haftbar sei, wie dies Löwenheim auch mit Recht annimmt, richtet sich der Vorwurf nicht.

[1]) Höpfner S. 582.

[2]) Eine Ausnahme enthält das preuß. Forstdiebstahlsgesetz.

Schuld des Gehilfen könnte dann also erst, nachdem er seine Tätigkeit vollzogen hätte, zur Entstehung gelangen, und man hätte doch hier den allgemeinen Satz des Strafrechts, daß die Verschuldung mit der Handlung selbst verbunden sein muß, der dolus subsequens also ausgeschlossen erscheint, nicht vergessen dürfen".[1])

Einige Schriftsteller versuchen allerdings, die Unselbständigkeit der Teilnahme und den Hergang der Aneignung fremder Schuld, worauf die Unselbständigkeit zurückgeführt wird, wissenschaftlich zu begründen, und mit den übrigen Lehren des Strafrechts in Einklang zu bringen.

Nach Birkmeyer, dem eifrigsten Verfechter dieser Ansicht, ist in der Lehre von der Kausalität die wissenschaftliche Erklärung der Teilnahmelehre begründet. Er findet das abgrenzende Merkmal zwischen Täterschaft und Teilnahme in dem Unterschied von Bedingung und Ursache; zwischen Ursache und Bedingung aber ist der Unterschied in dem Maße der Wirksamkeit zu suchen. Die wirksamste Bedingung ist die Ursache, „die Handlung aber, die den verbrecherischen Erfolg verursacht, ist keine andere als die gesetzliche Tatbestandshandlung des konkreten Verbrechens" (S. 96). Ausführungshandlung ist gleich Tatbestandshandlung. Die Vorbereitungshandlung, das ist alles, was nicht Ausführungshandlung ist, also auch die Teilnahme setzt nur eine Bedingung für den Erfolg. „Unser positives Recht sieht . . . in der Anstiftung und in der Beihilfe das Setzen bloßer Bedingungen für den Erfolg" (S. 122). Das Setzen einer bloßen Bedingung ist aber nicht strafbar, und da die Bedingungen des Erfolges, welche Anstifter und Gehilfen setzen, ganz außerhalb der Ausführung stehen, ist auch die Teilnahmehandlung unseres positiven Rechtes, isoliert betrachtet, nichts Strafbares (S. 144/45).

Neuerdings hat Hergt[2]) nachzuweisen versucht, daß Birkmeyer seine Kausaltheorie nicht auf einer qualitativ oder quantitativ verschiedenen Wirksamkeit der Bedingungen aufbaue. Birkmeyer selbst gebe ja zu, daß eine genaue Abgrenzung der

---

[1]) GerS. Bd. 45 S. 17.

[2]) Teilnahme am Verbrechen, 1909, S. 80.

Wirkungsanteile nur in ganz singulären Fällen möglich sei. So sage er, Ursachenbegriff S. 18: „Wohl kann es unter Umständen außerordentlich schwierig und wird meist für die schwachen menschlichen Kräfte ganz unmöglich sein, mit absoluter Bestimmtheit das verschiedene Maß der Wirksamkeit der einzelnen Bedingungen für den Erfolg zu erkennen". — Wenn es meist unmöglich ist, in der Praxis die Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung zu treffen, so würde ja damit nur die Unbrauchbarkeit der Theorie festgestellt sein. Daß Birkmeyer aber tatsächlich an der qualitativ oder quantitativ verschiedenen Wirksamkeit der Bedingungen festhält, ergibt sich aus seinen eigenen Worten.[1]) „Jene Kausalitätstheorie, welche es für möglich hält, die mehreren für den Erfolg wirksamen Kräfte zu scheiden in solche, welche zur Erregung des Erfolges mehr und solche, welche weniger dazu beigetragen haben, in solche, welche den Erfolg zum größeren und in solche, welche ihn zum geringeren Teil produzierten, war auch in der Lage, zwischen mehreren zu einem verbrecherischen Erfolg zusammenwirkenden Personen untereinander und gegenüber dem Alleintäter zu unterscheiden, je nach der Bedeutung ihrer Tätigkeit für den Erfolg."

Trotzdem nun der Teilnehmer nur eine Bedingung für den Erfolg setzt, also eine straflose Handlung begeht, soll er bestraft werden. Es heißt bei Birkmeyer S. 126: „Soll nun der einzelne Teilnehmer wegen des Gesamterfolges gestraft werden, obwohl er nur einen Teil desselben verursacht hat, so ist dies nicht anders denkbar, als daß er durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgeht". Hier wird die Teilnahmetätigkeit als teilweise Verursachung des Erfolges bezeichnet, während es sonst heißt, daß der Teilnehmer nur eine Bedingung setze und nicht verursache. Verursacht der Teilnehmer aber nicht, so ist auch eine Ergänzung einer Verursachung nicht möglich. Auf jeden Fall verursacht aber auch nach der angeführten Stelle der Teilnehmer nur einen Teil des Erfolges, und trotzdem soll er den ganzen Erfolg verschulden. Etwas verschulden, was man nicht verursacht, ist aber unmöglich,[2])

[1]) Derselbe S. 6.

[2]) So auch Hilgemann S. 18.

und v. Bar (Bd. 2 S. 600) fragt ganz erstaunt ob dieser Fiktion der Verschuldung ohne Verursachung: „Kann man etwas verschulden, was man nicht einmal verursacht hat? Beginge das Strafrecht, indem es einen solchen Satz aufstellte, nicht die denkbar größte Ungerechtigkeit?“

Aber die Konstruktion der Teilnahme nach Birkmeyer steht auch in Widerspruch mit seiner Grundanschauung. Es soll der Teilnehmer gestraft werden, weil er einen Teil des Erfolges verursacht hat, weil sein Anteil sich in das Ganze einfügt und sich mit den andern Wirksamkeiten zu dem poenalisierten Erfolg zusammenschließt. Der Teilnehmer setzt aber, wie schon ausgeführt, nur eine Bedingung, und das Setzen einer Bedingung ist straflos. Hier haben wir also die beiden Behauptungen:

1. das Setzen einer Bedingung ist straflos,
2. der Teilnehmer setzt eine Bedingung,

und doch soll der Schluß heißen: Der Teilnehmer wird wegen des Setzens dieser Bedingung gestraft. Ohne weiteres ist klar, daß nur eins richtig sein kann, und da das positive Recht, auf dessen Standpunkt auch Birkmeyer steht, den Teilnehmer straft, so muß der Ausgangspunkt „das Setzen einer Bedingung ist straflos“ unrichtig sein,[1]) und tatsächlich ist auch diese Behauptung und die ganze Unterscheidung von Ursache und Bedingung unrichtig. Abgesehen davon, daß eine Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung oder zwischen den einzelnen Bedingungen nach Birkmeyers eigenen Worten schlecht durchführbar ist, „kann man schlechterdings zwischen den einzelnen Bedingungen eines Geschehens einen qualitativen Unterschied nicht machen“.[2]) Alle einen Erfolg herbeiführenden Tätigkeiten sind für denselben in gleicher Weise kausal. „Sämtliche Bedingungen des Erfolges sind gleichwertig.“[3]) Keine kann hinweggedacht werden, ohne daß der Eintritt des Erfolges entfällt. „Selbst wenn das Gesetz zum Erfolg Vornahme bestimmt gearteter Tätigkeiten verlangt, vermag es nicht etwa eine besondere juristische Kausalität zu statuieren, sondern es greift unter den verschiedensten Begehungs-

[1]) So auch v. Liszt S. 132, 218.
[2]) Senf im GerS. Bd. 67 S. 270.
[3]) v. Liszt S. 132.

wegen, unter den mannigfachen Bedingungskomplexen einen als strafbar heraus; wie überall gilt auch hier eine Bedingung so viel wie die andere. Die folgende ist ohne die vorhergehende nicht möglich, die letztere fällt mit der ersten."[1]) Birkmeyer gibt dies denn auch selbst zu. „Es kann nicht verkannt werden, daß auch die übrigen Bedingungen zum Erfolg beitragen".[2]) Hiermit hat er seinen eigenen Ausgangspunkt aufgegeben.

Eines aber müssen wir noch feststellen. Birkmeyer wollte dartun, daß der Teilnehmer aus der Tat des Täters heraus gestraft würde, in Wirklichkeit aber macht er ihn verantwortlich für den von ihm verursachten Erfolg; also nicht fremde, sondern eigene Tätigkeit, eigene Verursachung, eigene Schuld, würde bei dem Teilnehmer gestraft. Das Gegenteil von dem, was er beweisen wollte.[3])

Nach v. Liszt sind sämtliche Bedingungen des Erfolges gleichwertig. Ein begrifflicher Unterschied besteht zwischen den Bedingungen nicht. Jeder, der eine Bedingung zum Erfolg setzt, hat diesen verursacht. Das geltende Recht habe aber diesen Grundsatz bei der Teilnahme nicht angewandt, „es betrachtet nur die Täterschaft als Verursachung des Erfolges, Anstiftung und Beihilfe dagegen nur als Teilnahme an der durch den Täter bewirkten Verursachung des Erfolges (S. 218). Das Gesetz komme aber zu dieser Annahme dadurch, daß durch das freie, vorsätzliche Handeln eines zurechnungsfähigen Haupttäters der Kausalzusammenhang unterbrochen würde. „Der Gesetzgeber erblickt in der Tat des Haupttäters, auch wenn der Tatentschluß durch einen Dritten hervorgerufen oder verstärkt war, stets den Eintritt einer neuen Kausalreihe" (S. 134). v. Liszt gibt selbst zu, daß damit bei strenger Folgerichtigkeit die völlige Straflosigkeit des außer allem Kausalzusammenhang stehenden Teilnehmers gegeben wäre, denn Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit und dem Erfolg muß unbedingt vorliegen, damit eine Bestrafung erfolgen kann (S. 222). Nun wird aber nach unserm Strafgesetzbuch die Anstiftung und Beihilfe, die nach v. Liszt außer allem

[1]) Senf S. 271.

[2]) Birkmeyer im GerS. Bd. 37 S. 272.

[3]) So auch Bauer S. 48.

Kausalzusammenhang steht, bestraft. Eine Erklärung für die Möglichkeit einer Bestrafung ohne Kausalzusammenhang hat v. Liszt nicht gegeben, auch nicht zu geben versucht, und wohl aus dem Grunde, weil eine Bestrafung ohne Kausalzusammenhang mit den Lehren des Strafrechts absolut unvereinbar ist; in der Behauptung, daß die Auffassung der Anstiftung als mittelbare Herbeiführung des Erfolges, als intellektuelle Urheberschaft, die allein richtige sei, und ferner, daß das Strafrecht diesen Standpunkt nicht einnehme, sondern außer Kausalzusammenhang stehende Teilnahme dennoch strafe, kann doch eine Erklärung nicht gefunden werden (S. 222). Hiermit ist doch lediglich gesagt, das Strafrecht verletzt in der Lehre von der Teilnahme den ersten Grundsatz des Strafrechts, daß zu jeder Bestrafung Kausalzusammenhang zwischen Tätigkeit und Erfolg gegeben sein muß, und aus dem Grunde, daß diese Ansicht des Strafrechts nicht mit der Theorie der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch die freie Tat eines Menschen sich vereinigen läßt, glaubt v. Liszt sich berechtigt, mit dem Hinweis auf die nichtwissenschaftliche Behandlung darüber hinweggehen zu können. Vielleicht wäre es richtiger gewesen, aus der Tatsache, daß Teilnahme gestraft wird, und aus dem Satz, daß bei einer Bestrafung Kausalzusammenhang vorliegen müsse, den Vordersatz, daß zwischen Teilnahme und Haupttat ein Kausalzusammenhang nicht vorliege, anzuzweifeln. Tatsächlich liegt denn die ganze Unrichtigkeit und das Dunkel, das über dieser Teilnahmelehre liegt, darin begründet, daß Kausalzusammenhang zwischen Teilnahme und Tat geleugnet wird. „Wenn A dem B zur Begehung eines Mordes angestiftet hat, so daß die Willensbetätigung des B ohne die erste des A nicht eingetreten wäre, so wird man unbedingt auf Kausalzusammenhang schließen müssen.“ [1]) Allerdings braucht B dem Reize nicht nachzugeben. Folgt er aber der Anregung, faßt er auf Grund derselben den Entschluß zu morden, den zu fassen ihm ohne die Anstiftung des A nie eingefallen wäre, so liegt zwischen der von B vollführten Tat und der Willensbetätigung des A deshalb Kausalzusammenhang vor, weil ohne die Tat des

---

[1]) Bissingen S. 29.

A der Entschluß des B und ohne den Entschluß des B die Tat nicht zustande gekommen wäre.[1])

v. Liszt selbst ist von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bei der Teilnahme nicht überzeugt. Um begründen zu können, daß die Teilnahme ihre Strafbarkeit aus der Haupttat nehme, führt er aus (S. 227): „Erfolg der Anstiftung ist mithin zwar zunächst die Hervorrufung des Entschlusses zur Handlung in dem Täter. Aber dieser Erfolg ist nicht an sich, sondern nur dann strafbar, wenn der Entschluß des Täters zu der sei es vollendeten, sei es auch nur versuchten strafbaren Handlung geführt hat". Hiermit ist doch gesagt, daß der Anstifter strafbar sei, wenn der von ihm erregte Entschluß zu dem Erfolg geführt habe, mithin wenn ein Zusammenhang zwischen Anstiftung und Tat bestehe. Es wird also, um die Strafbarkeit in etwa zu begründen, der vorher völlig unterbrochene Kausalzusammenhang wiederhergestellt, nur daß v. Liszt einen Umweg macht. Er nimmt erst Unterbrechung an und stellt dann den Zusammenhang wieder her, anstatt den Zusammenhang gleich anzuerkennen.[2]) Hiermit gibt v. Liszt aber auch eine gewisse Selbständigkeit der Teilnahme dadurch zu, daß die Hervorrufung des Entschlusses das Moment ist, wofür der Anstifter gestraft werden soll. Einer Entlehnung der Strafbarkeit würde es daher gar nicht bedürfen.

Es sei ferner noch auf ein Moment aufmerksam gemacht, worauf Birkmeyer (S. 152) hinweist. Er führt aus, daß bei der Beihilfe doch von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und daher von einer Erklärung auf diesem Wege nicht die Rede sein könne, weil bei der Beihilfe der Gehilfe den Verbrechenserfolg dadurch zu erreichen suche, daß er entweder den Willen des Täters bestärke oder durch eine physische Tätigkeit auf ihn einwirke. Die Freiheit des Täterwillens bliebe aber dabei ganz unberührt. Mit Recht sagt er dort, „nichts könnte hier das positive Recht hindern, da der Kausalität der Handlung des Gehilfen, wenn sie solche besäße,[3]) freien Lauf zu lassen".

[1]) So auch Bissingen S. 30; Hilgemann S. 21; Bauer S. 41 und 121; v. Huther im GerS. Bd. 54 S. 307.

[2]) So auch Bauer S. 42.

[3]) Daß die Beihilfe als Bedingung zum Erfolg nach den allgemeinen Lehren kausal sein kann, nimmt v. Liszt an.

Borchert, der, wie schon der Titel seines Werkes „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft" sagt, auf dem Standpunkt der Unselbständigkeit der Teilnahme und der Entlehnung der Strafbarkeit derselben aus der Haupttat steht, gibt in der ganzen Ausführung keine Erklärung, wie diese Entlehnung zu denken und wie der Hergang zu begründen ist. Er sucht darzulegen, daß der Teilnehmer durch Aneignung fremder Schuld sich strafbar macht, und doch muß er zugeben, daß die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anstifters einzig und allein durch die vorsätzliche Bestimmung des Dritten zur Tat, diejenige des Gehilfen einzig und allein durch die vorsätzliche Unterstützung begründet wird (S. 15).

Eine Erklärung, wie es möglich ist, daß eine Bestrafung des Teilnehmers aus der Schuld des Täters erfolgt, worauf hauptsächlich die Unselbständigkeit der Teilnahme gestützt wird, ist nun, wie wir gesehen haben, von den genannten Schriftstellern nicht gegeben. Eine Erklärung dafür ist aber auch überhaupt nicht möglich. Mit Recht sagt Bauer (S. 121): „Jene Abhängigkeit des Teilnehmers von fremder Schuld, in welcher Gestalt sie auch auftreten mag, ist ein unerklärtes Rätsel und wird es stets bleiben. Denn sie tritt aufs ärgste mit den heute geltenden Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung in Konflikt, mit dem Satze, daß jedermann für dasjenige, was er schuldhaft verursacht hat, und nur für dieses einzustehen hat". Solange nicht ein strikter Beweis geliefert ist, muß energisch gegen ein solches Zurechnungskunststück protestiert werden.[1])

Auch in ihren Konsequenzen zeigt sich die Auffassung der Teilnahme als völlig unselbständige Handlung als unhaltbar. Die notwendige Folge aus dem Prinzip der Entlehnung fremder Schuld würde sein, daß der Teilnehmer mit derselben Strafe belegt werden müßte wie der Täter, und daß eine Berücksichtigung der größeren oder geringeren Schuld bei der Strafzumessung für den Teilnehmer innerhalb des bei dem Verbrechen zugelassenen Strafrahmens unmöglich wäre. Denn verschiedene Strafe für

[1]) Höpfner S. 584.

Täter und Anstifter würde doch eine Berücksichtigung einer größeren oder geringeren Schuld bei dem Teilnehmer sein. Eine eigene Schuld des Teilnehmers soll aber gar nicht vorliegen, und es wäre daher nur gleiche Bestrafung möglich. „Der jugendliche Anstifter, der gerade erst die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht erlangt hat, müßte also dieselbe Strafe erleiden wie der abgefeimte Schurke, in dessen Seele er den Entschluß angeregt hat, und vice versa: der, welcher sich eines solchen Jugendlichen bedient, wäre nur mit dessen milderer Strafe zu belegen.“ [1])

Ferner würde man annehmen müssen, daß die Teilnahme dort begangen sei, wo die Haupttat begangen ist. Birkmeyer nimmt dies auch an (S. 175): „Folglich wird die Teilnahmehandlung auch an dem Ort zur strafbaren Beteiligung, wo die Täterhandlung begangen wird. Die Teilnahmehandlung ist, wo sie auch an sich verübt sein mag, kraft der akzessorischen Natur der Teilnahme im Rechtssinne begangen da, wo das Verbrechen selbst begangen ist“. Welche Komplikationen aber daraus entstehen können, zeigt folgendes Beispiel [2]): Beteiligt sich ein Inländer an einem im Auslande von einem Ausländer gegen das Deutsche Reich gerichteten Landesverrat, so kann er nicht bestraft werden, während, wenn der Täter ein Inländer wäre, er strafbar sein würde. Wenn umgekehrt ein Ausländer im Deutschen Reich an einem Landesverrat teilnimmt, den ein Deutscher im Auslande begeht, so wäre er nicht strafbar, weil die Handlung im Auslande von einem Ausländer begangen wäre. Mit Recht sagt Beling, daß die Auffassung, wonach akzessorische Teilnehmer an dem Ort gehandelt hätten, wo der Täter gehandelt hat, und zu der Zeit, in der dieser gehandelt hat, sich schon durch ihre offensichtliche Unwahrheit widerlegt (S. 406).

Wenn jemand durch eine Handlung einen Verbrecher zu mehreren strafbaren Handlungen anstiftet, die derselbe in Idealkonkurrenz begeht, so nimmt man auch bei dem Anstifter Idealkonkurrenz an. Stiftet er zu mehreren von dem Täter in Realkonkurrenz begangenen Handlungen durch eine Tätigkeit an, so sind „juristisch so viele Teilnahmehandlungen begangen, als Ver-

[1]) Bauer S. 77.

[2]) Bauer S. 109, 10.

brechen begangen sind".[1]) Das heißt, man wendet einfach die Konkurrenz der Haupttaten auf die Teilnahme an, ohne danach zu fragen, ob nicht dabei die Grundregeln des Strafrechts verletzt und jedem natürlichen Empfinden Hohn gesprochen wird, nur um die Akzessorität nicht zu verletzen; was weiter verletzt wird, ist ohne Belang. Wir haben nämlich hier schon: eine natürliche Tätigkeit des Anstifters . . ., aber juristisch so viele Teilnahmehandlungen, wie Verbrechen da sind. Man kann aber aus einem Schlage keine zwei, aus einem Wort nicht mehrere Worte, aus einer Teilnahmehandlung nicht mehrere Teilnahmehandlungen machen. Aber hiermit noch nicht genug. Stiftet einer durch **eine** Handlung mehrere Personen zu verschieden voneinander begangenen Verbrechen an, so nimmt man Realkonkurrenz bei dem Anstifter an; zunächst also werden wieder aus einer Handlung mehrere gemacht. Aber wie kommt man nun dazu, gerade Realkonkurrenz anzunehmen? Will man hier etwa die Konkurrenz der begangenen Verbrechen auf den Anstifter anwenden? Das wird wohl kaum möglich sein, denn zwischen den Verbrechen der verschiedenen Personen liegt überhaupt keine Konkurrenz vor. Von Ideal- oder Realkonkurrenz kann doch nur dann geredet werden, wenn eine Person sich gegen mehrere Strafgesetze vergeht; dann entscheidet die natürliche Tätigkeit; bei einer Tätigkeit liegt Ideal-, bei mehreren Tätigkeiten Realkonkurrenz vor. Also wenn mehrere die Verbrechen begangen haben, so kann von einer Übertragung der Konkurrenz, da eine solche nicht vorliegt, keine Rede sein. Soll aber deshalb bei dem Anstifter überhaupt keine Konkurrenz möglich sein? Will man etwa bei ihm die ihm durch die Ausführung der Täterhandlungen zufallende Strafe addieren? Das wäre eine große Ungerechtigkeit; denn dieser Fall unterscheidet sich für die Teilnahme in nichts von dem, daß **eine** Person die Straftaten ausführt, und dann würde wenigstens die für den Täter maßgebende Konkurrenz auf den Anstifter angewandt werden. Das Reichsgericht[2]) nimmt in solchen Fällen

---

[1]) Birkmeyer S. 180, 181.

[2]) Bd. 5 S. 229: „Eine notwendige Konsequenz dieser unselbständigen Natur der Teilnahme ist . . ., daß anderseits bei einer einzigen Anstiftung zu mehreren Delikten auch bei der Anstiftung reale Konkurrenz so vieler Delikte anzunehmen

Realkonkurrenz bei dem Anstifter an. Es erachtet also die Teilnahmetätigkeit für maßgebend. Wie allerdings das Reichsgericht dazu kommt, gerade Realkonkurrenz anzuwenden, ist nicht klar. Wenn die Teilnahmehandlung einmal als maßgebend erachtet wird und man Grundsätze der Täterschaft auf sie anwendet, so sollte man doch nicht den einen Satz anwenden und den anderen ohne Grund ausschließen. Also man sollte die Teilnahmehandlung für die Frage der Konkurrenz entscheiden lassen. Dadurch würde man die oben angeführten Unbilligkeiten vermeiden, und man würde auch nicht gezwungen werden, aus einer Handlung mehrere machen zu müssen.

§ 6.

Hat so die Untersuchung ergeben, daß die Anschauung einer völligen Unselbständigkeit der Teilnahme unrichtig und in ihren Konsequenzen nicht haltbar ist, so ist anderseits bei der Behandlung der Teilnahmelehre Höpfners gezeigt worden, daß eine Verselbständigung der Teilnahme auch zu weit gehen kann.

Aus der Tatsache, daß diese beiden extremsten Anschauungen mit dem geltenden Recht unvereinbar sind, ergibt sich die Frage: Wie ist denn das Abhängigkeitsverhältnis der Teilnahme von der Täterschaft aufzufassen und inwieweit muß die Teilnahme als selbständig angesehen werden?

Aus den §§ 48, 49 StGB. folgt, daß von einer strafbaren Teilnahme nur dann die Rede sein kann, wenn die strafbare Handlung,[1]) an welcher teilgenommen ist, wirklich begangen worden

ist, als nach dem Willen des Anstifters von den Angestifteten verübt werden sollten und verübt worden sind. Denn von einer idealen Konkurrenz im Sinne des § 73 kann nicht die Rede sein, weil die Anstiftung für sich allein ein indifferenter Akt ist und kein Strafgesetz verletzt, unter „Handlungen" in §§ 73, 74 aber strafbare Handlungen zu verstehen sind. Die durch die Anstifter herbeigeführte Haupttat ist als die ihnen zuzurechnende strafbare Handlung anzusehen, und wenn daher infolge der Anstiftung und nach dem Willen des Anstifters mehrere selbständige strafbare Haupttaten begangen sind, so liegen auch gegen den Anstifter ebenso viele selbständige strafbare Handlungen vor, so daß § 74 gegen ihn zur Anwendung kommt.

[1]) Durch die Bestimmung des § 49 ist Beihilfe nur an Verbrechen und Vergehen möglich.

ist, es sei denn, daß die Teilnahmehandlung durch besondere Gesetzesbestimmungen zu einem besonderen Delikt, zu einem delictum sui generis, erhoben ist. Aus der Feststellung, daß nur an einer strafbaren Handlung Teilnahme möglich ist, folgt für die Untersuchung, daß in erster Linie festgestellt werden muß, wann eine strafbare Handlung vorliegt, und dies um so mehr, als eine genaue Abgrenzung der „strafbaren Handlung" schon die Teilnahmehandlung nach einer Seite hin festlegt.

Beling hat in seinem Werke „Die Lehre vom Verbrechen" in einer eingehenden Untersuchung als Begriffsmerkmale für eine strafbare Handlung folgende fünf Punkte festgestellt:

1. Tatbestandsmäßigkeit,
2. Rechtswidrigkeit,
3. Schuld,
4. Passen einer bestimmten Strafdrohung,
5. Vorliegen der Strafdrohungsbedingungen.

Liegen diese Merkmale bei einer Handlung vor, so ist diese Handlung eine strafbare Handlung; fehlt auch nur eins derselben, so ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden.[1])

1. Tatbestandsmäßigkeit:

Der Gesetzgeber hat aus „dem kaum übersehbaren Kreis der Delikte" gewisse genau umschriebene Handlungen herausgenommen und so die Tatbestände des Besonderen Teiles gebildet.[2])

Beim Vorliegen einer menschlichen Handlung werden diese Tatbestände herangezogen und auf ihre Anwendbarkeit geprüft. Trifft kein Verbrechenstatbestand auf die Handlung zu, so kann von einer strafbaren Handlung nicht die Rede sein, weil der Gesetzgeber dann eben diese Handlung nicht hat treffen wollen. Es liegt nie ein Verbrechen vor, wenn nicht ein genau vom Gesetz formulierter Tatbestand sich mit der Handlung eines Menschen deckt. Nulla poena sine lege poenali. Analoge Anwendung eines Strafgesetzes ist gemäß § 2 StGB. unzulässig, und es ist nicht dem richterlichen Ermessen überlassen, ob eine Tat bestraft

[1]) Gegenüber der traditionellen Begriffsbestimmung: „Verbrechen ist eine mit Strafe bedrohte, schuldhafte, rechtswidrige Handlung" geht Beling in seiner Forderung viel weiter.

[2]) v. Liszt S. 122.

werden soll oder nicht. Ein Strafgesetz, das allgemein „Unrechttun“ bestraft, gibt es nicht, und ein Schurkenparagraph, lautend: „Jeder Schurke wird bestraft“,[1]) ist nirgends bekannt und würde auch einer modernen Gesetzgebung nicht entsprechen.[2])

Stellt sich heraus, daß eine Handlung im Sinne eines Paragraphen des Besonderen Teiles tatbestandsmäßig ist, so z. B. wenn jemand einen anderen getötet hat, so läßt sich aus dem betreffenden Paragraphen des Gesetzes, der die Tötung verbietet, feststellen, wieweit das menschliche Handeln eines bestimmten Zeitraumes unter das Gesetz fällt. Es läßt sich feststellen, wo die tatbestandsmäßige Handlung beginnt und wo sie endet. Das Tätigkeitswort[3]) in dem betreffenden Paragraphen gibt an, welche Tätigkeit aus dem Handlungskreise etwa eines Tages als unter den Paragraphen fallend anzusehen ist. Heißt das Tätigkeitswort „töten“, so fällt aus dem Handlungskreise jede Tätigkeit, die sich als töten darstellt, unter den Paragraphen, der das Töten verbietet. Alles das aber, was aus der Tätigkeit unter den Paragraphen der Tötung fällt, ist Ausführung im Sinne dieses Paragraphen.

So stellt sich das Stoßen des Dolches in eines Menschen Brust als Tötungshandlung dar und ist demnach Ausführungshandlung des Tötungsparagraphen, während das, was vorher liegt, Kaufen des Dolches, Aufsuchen des Opfers, Öffnen des Dolchmessers, sich nicht als Töten darstellt und daher auch nicht unter den Tötungsparagraphen fällt. „Ausführungshandlung ist jene, die die generellen Merkmale der durch eine Strafsetzung für strafbar erklärten Handlungen an sich trägt. Die einzelne Tötungshandlung, die Diebstahlshandlung usw. muß Merkmale an sich tragen, die es erklären, weshalb wir sie als Spezies jenes Genus bezeichnen. Das durch Abstraktion aus der Reihe von Einzelerscheinungen gewonnene Bild des Tötens, Stehlens usw.

---

[1]) Beling S. 22.

[2]) v. Liszt S. 195. Durch die Aufstellung des Verbrechensmerkmales der Tatbestandsmäßigkeit „sichert der Verfassungsstaat dem einzelnen Bürger die individuelle Freiheit gegenüber der Willkür der Staatsgewalt“.

[3]) So auch v. Liszt S. 140: „Die Ausführungshandlung wird uns gegeben durch das im Tatbestande der einzelnen Verbrechen verwendete Tätigkeitswort“ und S. 195.

tritt uns in seiner individuellen Gestalt gegenüber, in der wir die Merkmale des abstrahierten Bildes wiedererkennen. Ausführungshandlung ist nur jener Teil eines Tuns, welcher uns in seiner individuellen Beschaffenheit die Merkmale des Genus, dem die Handlung zu subsumieren ist, erkennen läßt." [1] [2]

Es ergibt sich sonach, daß zwischen Ausführungshandlungen und solchen Handlungen, die vor denselben liegen, unterschieden werden muß. Erstere, den Tatbestand eines Paragraphen ausmachende Handlungen, bilden den Tatbestandskern, während die anderen, die sich um den Tatbestandskern herumlagern, diesem angegliedert werden müssen. Sie fallen sozusagen noch in die Interessensphäre des Tatbestandes hinein und bilden insofern mit ihm ein Ganzes. Neben den eigentlichen Tatbestand, den Tatbestandskern oder engeren Tatbestand, wie man ihn nennen kann, die dominierenden Elemente, tritt so eine Außenzone mit sekundären Elementen, die sich um den Kern herumlegt und mit ihm zusammen den weiteren Tatbestand bildet.[3] Es ist oben schon gesagt, daß die Ausführung des engeren Tatbestandes tatbestandsmäßig ist. Es könnte daher überflüssig erscheinen, eine so scharfe Scheidung zwischen engerem Tatbestand und den Elementen der Außenzone vorzunehmen, überhaupt letztere zu beachten; denn ist auch nur der engere Tatbestand verwirklicht, so genügt das für die Tatbestandsmäßigkeit, und wenn die übrigen notwendigen Merkmale des Verbrechens bei dem Handelnden vorliegen, müßte eine Verurteilung erfolgen, auch wenn es fest-

---

[1]) Finger, Österr. Strafrecht Bd. 1 S. 527.

[2]) Im einzelnen ist die Unterscheidung, ob eine Ausführungshandlung vorliegt oder eine Vorbereitungshandlung oft nicht leicht zu treffen. Diese Schwierigkeit hat denn auch dazu geführt, daß Hagerup in ZStW. Bd. 30 S. 755 eine solche Unterscheidung für unmöglich hält. Beling hat den Unterschied dahin festgestellt, daß als Ausführungshandlung das Handeln zu verstehen sei, von dem sich auch ohne Hinzunahme sonstiger schuldhafter Handlungen ohne weiteres sagen lasse, daß es den Tatbestand erfülle oder wenigstens den Anfang davon darstelle; in die Außenzone falle dasjenige Handeln, das nur zusammen mit einer ergänzenden schuldhaften Handlung tatbestandliche Färbung gewinne (S. 250). Die Unterscheidung wird auch nur im einzelnen Falle möglich sein. Hierüber Senf im GerS. Bd. 67 S. 322.

[3]) Beling S. 246.

steht, daß er nur den engeren Tatbestand vollführt hat und alles, was vorher liegt, von einem andern ausgeführt ist. Aber die Elemente des weiteren Tatbestandes sind zunächst insofern von Bedeutung, als bei der Strafzumessung für die alleinige Verwirklichung des engeren Tatbestandes eine geringere Strafe wird festgesetzt werden, als wenn zu der Ausführung des engeren Tatbestandes auch noch der ganze weitere Tatbestand von demselben Verbrecher allein ausgeführt ist. Dann aber auch ist die Ausführung des weiteren Tatbestandes von Wichtigkeit, als gerade daraus Schlüsse für andere Momente, Vorsatz, Überlegung, gezogen werden müssen, und dann zeigt auch das „Wie" der Ausführung dieses weiteren Tatbestandes ein Bild „von dem Raffinement des Verbrechers".

Es ist bereits gesagt, daß die Ausführung des weiteren Tatbestandes nicht dem Verbrechenstypus genügt, daß somit derjenige, der die vor dem Tatbestandskern liegenden Handlungen vollführt hat, nicht wegen des betreffenden Verbrechens, dem sich diese Außenhandlungen anfügen, bestraft werden kann, weil eben durch die Ausführung dieser Außenhandlungen noch nicht in den engeren, für sich mit Strafe bedrohten Tatbestandskern hineingegriffen wird.[1]) Wenn also eine Bestrafung wegen der Ausführung dieser Außenhandlungen erfolgen soll, so müssen diese tatbestandsmäßig im Sinne eines besonderen Tatbestandes sein, d. h. sie müssen für sich unter Strafe gestellt sein.[2])[3]) Dies bleibt festzuhalten, da hierauf bei der Erklärung der Teilnahme zurückzukommen ist.[4])

Es muß also für die Handlung, die auf ihre Strafbarkeit untersucht werden soll, in erster Linie ein im Besonderen Teil aufgestellter Verbrechenstypus passen. Mangelt es bei der Tat an einem von dem Typus geforderten Momente, so entfällt schon wegen dieses Mangels der Tatbestandsmäßigkeit von vornherein

---

[1]) So ähnlich v. Liszt S. 208.

[2]) Dies letztere gilt natürlich nur dann, wenn die Außenhandlungen von einem anderen als vom Täter begangen sind. Die Ausführung der Außenhandlung seitens des Täters selbst wird mit der Tat von selbst gestraft, und hier kann die Ausführung derselben, wie angegeben, nur für das Strafmaß in Betracht kommen.

[3]) So auch Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900, S. 77.

[4]) So auch Beling S. 397.

die Strafbarkeit, und es bedarf dann einer Untersuchung der übrigen Verbrechensmerkmale nicht mehr. So fordert der Diebstahlstypus des § 242 eine fremde Sache. Liegt nun bezüglich des Täters eine fremde Sache nicht vor, so steht unbedingt fest, daß der Diebstahlstypus in diesem Falle nicht anwendbar ist; möglich ist dann aber immer noch die Anwendbarkeit eines anderen Verbrechenstypus. Gibt es für eine Tat überhaupt keinen Verbrechenstypus, z. B. für Selbstmord, so erübrigt sich überhaupt jede Untersuchung.

2. Die geschilderte tatbestandsmäßige Handlung muß ferner rechtswidrig sein.

Hat ein Scharfrichter die Hinrichtung eines Menschen vorgenommen, ein Soldat im Kriege seinen Gegner erschossen, so liegt in jedem Falle Tatbestandsmäßigkeit des Tötungsparagraphen vor. Aber das Moment der Rechtswidrigkeit fehlt, und ohne Rechtswidrigkeit gibt es kein Verbrechen.[1]) Ohne weiteres ist nun anzunehmen, daß diejenige Tätigkeit, die im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs mit Strafe bedroht ist, als rechtswidrig anzusehen ist. Man kann doch nicht annehmen, daß der Gesetzgeber für Handlungen, die er gewollt hat, die der Rechtsordnung nicht zuwiderlaufen, die ihm unbeachtlich sind, eine Strafe festsetzt. Die Festsetzung einer Strafe für eine Tätigkeit „ist der allerstärkste Ausdruck dafür, daß der Staat sie nicht billigt, sondern daß sie der Rechtsordnung widerspricht. Im Rechtssinne nicht inkorrekt handeln und doch gestraft werden, wäre doch recht erbaulich“.[2]) [3])

3. Schuld.

In früheren Zeiten wurde vielfach an das Vorliegen des objektiven Tatbestandes eine Strafe geknüpft.[4]) Und von diesem Standpunkte ist unser heutiges Strafgesetzbuch noch nicht ganz frei. Je nachdem der Erfolg einer Handlung ein

---

[1]) Daß Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit streng auseinanderzuhalten und Rechtswidrigkeit ein Tatbestandsmerkmal ist, hat Beling S. 149 dargetan.

[2]) Beling S. 31/32.

[3]) Trotzdem ist die Teilnahme, ob schon für sie eine Strafe besteht, als indifferent und nicht rechtswidrig bezeichnet worden; hierüber Näheres bei der Teilnahme.

[4]) v. Liszt S. 164.

größerer oder geringerer ist, ist auch bei verschiedenen Delikten nach unserem Strafgesetzbuch eine größere oder geringere Strafe verwirkt. Hat A den B körperlich mißhandeln wollen, ihn auch körperlich verletzt, wobei B am Leben geblieben ist, so kommt § 223 oder § 223a StGB. zur Anwendung. Hat aber diese Verletzung den Tod des B zur Folge gehabt, wobei A nur die Körperverletzung wollte, so kommt bei demselben Tatbestand § 226 StGB. zur Anwendung. Diese Haftung über das Wollen hinaus bildet aber mit Recht im heutigen Strafrecht die Ausnahme. Im allgemeinen gibt das Willensmoment für die Bestrafung den Ausschlag, d. h. es ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, wie sich der Wille zu der objektiven Tat stellt, und nach dem Willen bemißt sich dann die Größe der Verantwortlichkeit, die subjektive Verschuldung.[1]) Die Größe der Verantwortlichkeit richtet sich nach dem „Mehr" oder „Weniger" im Willen. Ging der Wille dahin, den strafrechtlichen Erfolg herbeizuführen, so liegt Vorsatz, ging der Wille nicht dahin, den Erfolg zu verwirklichen, war er aber auch nicht genug auf die Vermeidung bedacht und hätte tatsächlich der Erfolg vermieden werden können, so liegt Fahrlässigkeit vor. Hat der Täter überhaupt keinen Willen, sei es, daß er gezwungen handelt, sei es, daß er durch andere Umstände nicht zurechnungsfähig ist, so entfällt das Moment der Schuld und damit die strafbare Handlung.

4. Die Tat als eine einer passenden Strafandrohung unterstellbare Handlung.

Eine Handlung, die der Untersuchung auf die drei vorigen Merkmale standgehalten hat, braucht noch nicht notwendig ein Verbrechen zu sein. Es gibt Handlungen, bei denen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld vorhanden ist, die aber nicht Verbrechen sind, weil das Strafgesetzbuch für sie keine Strafe festgesetzt hat. Es sei hier die fahrlässige Sachbeschädigung genannt. Diese ist tatbestandsmäßig, da § 303 StGB. das Beschädigen einer fremden Sache zum Tatbestand hat. Sie ist auch rechtswidrig, da sie gemäß § 823 BGB. unerlaubt ist und zum

[1]) Beling S. 180: „Die Schuld ist die psychische Beziehung des Täters zu der Tat als einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung".

Schadensersatz verpflichtet, sie ist schuldhaft, insofern jedes fahrlässige Handeln eine Schuld, wenn auch eine geringere als vorsätzliches Handeln, aufweist. Aber bestraft werden kann die fahrlässige Sachbeschädigung nicht, weil unser Strafgesetzbuch keine Strafe für sie festsetzt. Die im § 303 festgesetzte Strafe paßt nicht für fahrlässiges, wohl für vorsätzliches Handeln. Trotzdem ist die fahrlässige Sachbeschädigung eine Handlung, die sehr wohl bestraft werden könnte, und eine Bestimmung in zukünftigen Gesetzen, die für fahrlässige Sachbeschädigung eine Strafe festsetzte, wäre nicht ausgeschlossen. Solange aber eine solche Bestimmung nicht vorhanden ist, kann von einem Verbrechen keine Rede sein. Daher ist es berechtigt, als Merkmal für ein Verbrechen aufzustellen, daß die Handlung auch einer passenden Strafdrohung unterstellbar sein muß.[1])

5. Durch die Feststellung, daß für eine Handlung auch eine passende Strafdrohung besteht, ist noch nicht festgestellt, daß nun gerade auch in diesem Falle die Handlung tatsächlich gestraft werden müßte. „Das Requisit des Passens einer Strafdrohung besagt nur, daß das Verbrechen auf eine einzelne Strafdrohung bezogen werden muß. Es tritt in der Begriffsbestimmung nur in der Funktion eines Anknüpfungspunktes, nicht in der Funktion der Bejahung der Strafbarkeit auf.“ [2]) Hat jemand im Auslande groben Unfug verübt, so paßt die Strafdrohung für groben Unfug im § 360 Nr. 11 StGB. auf diese Handlung genau so gut, wie wenn der Täter im I n l a n d e groben Unfug verübt hätte; er wird aber trotzdem im Geltungsbereiche unseres Strafgesetzbuches nicht bestraft, weil § 6 StGB. bestimmt, daß im Auslande begangene Übertretungen nur dann zu strafen sind, wenn dies durch besondere Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist. Es bliebe also für eine solche Handlung festzustellen, ob die Bedingung, nämlich daß durch besondere Gesetze ein im Ausland verübter grober Unfug im Geltungsbereiche unseres Strafgesetz-

---

[1]) So auch M e y e r 4. Aufl. 1888 S. 219: „Denkbar ist die Fahrlässigkeit bei allen Deliktsarten, nur daß der Name vieler Deliktsarten nicht auf den Fall fahrlässiger Verübung zutrifft bezw. zutreffen würde“. Hiermit ist dasselbe gesagt wie oben.

[2]) B e l i n g S. 50.

buchs bestraft werden soll, tatsächlich erfüllt ist. Wäre eine solche Bestimmung da, dann könnte eine Bestrafung erfolgen, weil sie aber nicht besteht, so wird grober Unfug, im Auslande verübt, bei uns nicht bestraft.[1]) Es ergibt sich hieraus als letztes Erfordernis, daß die Handlung den Strafdrohungsbedingungen genügen muß. „Gewiß wäre es denkbar, daß ein Recht die Strafdrohungen überall da uneingeschränkt walten ließe, wo die Subsumtionsmöglichkeit besteht";[2]) daß aber das der Standpunkt unseres Strafrechts nicht ist, zeigt schon voriges Beispiel.[3])

Eine Handlung, die die angegebenen Merkmale an sich trägt, ist immer eine strafbare Handlung. Fehlt aber auch nur eines dieser Merkmale, so liegt nie eine strafbare Handlung vor, und da nur beim Vorliegen einer strafbaren Handlung eine Teilnahme in Frage kommt, so ist an solchen Handlungen eine strafbare Teilnahme nicht möglich. Ist das von dem Täter beabsichtigte Verbrechen nicht zur Vollendung gekommen, liegt bei ihm nur Versuch des Verbrechens vor, so wird der Teilnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe zu diesem Verbrechensversuch bestraft; denn durch die Bestimmung des § 43 StGB. ist der Versuch bei Verbrechen und Vergehen[4]) bereits eine strafbare Handlung, und da der Versuch gegenüber der Vollendung nur das Minus ist, so hat der Teilnehmer auch zu dieser teilweisen Erfüllung des Tatbestandes angestiftet oder Beihilfe geleistet. Für die Beihilfe würde daher ein Sechszehntel der Verbrechensstrafe möglich sein.[5]) Zur Strafbarkeit der Teilnahme wird nun, wie sich aus den §§ 48, 49 StGB. ergibt, nur verlangt, daß der Haupttäter die strafbare Handlung begangen hat, nicht, daß er auch wegen derselben bestraft werden kann. Kann der Täter wegen der von

---

[1]) So auch Beling S. 50.

[2]) Beling S. 51.

[3]) Es ist bei der Haupttat bei den einzelnen Verbrechermerkmalen kurz darauf hingewiesen, daß ein jedes zum Verbrechen notwendig, daß aber auch das Vorliegen derselben jedesmal eine strafbare Handlung darstellt. Durch diese Feststellung werden wir in der Lage sein, für die Teilnahme beim Vorliegen derselben Merkmale den notwendigen Schluß zu ziehen.

[4]) Hierbei nur mit Einschränkung.

[5]) Es soll hier nur Teilnahme am Versuch gemeint sein, wenn der Teilnehmer die Vollendung wollte.

ihm begangenen strafbaren Handlung nicht bestraft werden, so wird dadurch das Wesen der strafbaren Handlung nicht mehr berührt. Die strafbare Handlung ist da und kann nicht aus der Welt geschafft werden. Die strafbare Handlung ist aber die Voraussetzung für die Teilnahme, nicht die Bestrafung des Täters. Fällt daher einer, der eine strafbare Handlung begangen hat, nach der Tat in Geisteskrankheit, so daß gemäß § 203 StPO. das Verfahren gegen ihn vorläufig einzustellen ist, oder stirbt er nach Begehung der Tat, so bleibt die Tat bestehen, und einer Bestrafung des Teilnehmers steht nichts im Wege. Es gehören ferner hierher die Fälle, bei denen der Gesetzgeber wegen persönlicher Eigenschaften von einer Bestrafung absieht, so bei der Begehung einer strafbaren Handlung durch einen Monarchen, bei Diebstahl und Unterschlagung begangen von Verwandten aufsteigender Linie oder von Ehegatten untereinander. Ferner kommen die Fälle in Betracht, bei denen durch Rücktritt vom Versuch oder durch tätige Reue der Täter sich Straffreiheit oder geringere Strafe sichert. Alle diese Umstände heben die Strafbarkeit der Handlung nicht auf, die strafbare Handlung bleibt bestehen, und daher ist Teilnahme an derselben möglich.

Im vorigen haben wir gesehen, wie eine Handlung beschaffen sein muß, damit eine Teilnahme an derselben möglich ist. Diese Feststellung sagt uns nun über die Teilnahme noch nichts, lediglich die Möglichkeit einer Teilnahme ist damit gegeben. Ob die Teilnahme als strafbar im Sinne des Gesetzes angesehen werden muß, das kann nur aus der Teilnahmehandlung selbst festgestellt werden. „Auch die Teilnahmehandlung muß ein ‚Verbrechen‘ sein, und damit es für den Teilnehmer zur Strafe kommen kann, muß er Verbrecher sein.“ [1])

[1]) Beling S. 420; ähnlich auch Borchert, trotzdem er auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anstifters wird begründet einzig und allein durch die vorsätzliche Bestimmung des Dritten zur Tat, diejenige des Gehilfen einzig und allein durch die vorsätzliche Unterstützung“. Hiermit ist gesagt, daß die Untersuchung der Teilnahmehandlung für den Teilnehmer strafrechtliche Momente ergeben muß, wenn eine Bestrafung erfolgen soll. Ebenso Foinitzky S. 77.

Um nun festzustellen, ob und wann die Teilnahme ein Verbrechen ist, muß sich die Untersuchung für die Teilnahme eben wieder auf die S. 27 genannten Merkmale für Verbrechen richten, und findet sich dann, daß sämtliche Merkmale für die Teilnahmehandlung passen, so können wir behaupten: Die Teilnahmehandlung ist ein Verbrechen.[1])

I. Tatbestandsmäßigkeit.

Es ist schon S. 29 ff. ausgeführt, daß zwischen Ausführung des Tatbestandskerns, des eigentlichen Verbrechenstypus, und den vor der Ausführung liegenden Momenten geschieden werden muß. Auch ist gezeigt, daß wenn derselbe Täter sowohl die vor der Ausführung liegenden, die sogen. Vorbereitungshandlungen, und auch die Ausführungshandlungen vorgenommen hat, die Feststellung, daß er auch die Vorbereitungshandlungen vorgenommen hat, lediglich bei der Strafzumessung in Frage kommt, da die Ausführung des Tatbestandskerns allein schon die für die Handlung festgesetzte Strafe verwirkt.[2]) Hat aber der Haupttäter nur die Ausführungshandlung vorgenommen, z. B. hat A bei einem Morde nur den tödlichen Streich geführt, während ihm B den Dolch in die Hand gegeben hat, auch ihm Anweisung gegeben hat, wie er die Tat vollbringen müsse, so ist klar, daß A, der die Ausführungshandlung vorgenommen, den Mordtypus erfüllt hat, wegen Mordes bestraft werden kann. Die von B ausgeführten Handlungen, Darreichen des Dolches, Hilfe durch Rat und Tat, erfüllt nun aber den Mordtypus nicht, er kann daher nicht wegen Mordes bestraft werden. Er hat Handlungen ausgeführt, die vor oder neben der

[1]) So auch Bauer S. 50: „Damit sie (die Teilnahme) nun strafbar sei, muß sie für sich alle jene Voraussetzungen aufweisen, die den Strafanspruch des Staates hervorrufen, wie Vorsatz, Rechtswidrigkeit, bestimmte Altersstufe usw., während bei jener anderen Fassung (völlige Unselbständigkeit) all dieses völlig unklar bleibt".

[2]) Beling S. 345: „Ist die Tat ausgeführt, so ist die dafür verwirkte Strafe eine Strafe für das Tatganze, d. h. die Ausführungsstrafe ist zugleich Strafe für die Handlung der Vorsphäre; diese sind durch die Tatstrafe mit abgegolten, was sich insbesondere darin zeigt, daß sie sehr wohl wichtige Strafzumessungsgründe abgeben können".

Ausführung des Tötungstatbestandes liegen. Würde man von einem Teilnehmer behaupten, er führe Handlungen aus, die eine Ausführung im Sinne der Haupttat darstellten, so würde überhaupt eine Bestimmung für Teilnahme aus dem Grunde völlig überflüssig sein, als dann ja der Teilnehmer schon unter den Typus der Haupttat fiele und bei dem Vorhandensein der übrigen Verbrechensmerkmale als Täter der Haupttat würde bestraft werden müssen.

„Es läßt sich nun einmal beim besten Willen vom Anstifter und vom Gehilfen nicht sagen, daß sie selber den Tatbestandskern erfüllt haben. Ihr Handeln ist, wie oben gezeigt, sachlich identisch mit den Handlungen des Täters selber, die nur in die Außenzone des Typus fallen. Der Gehilfe, der einem Mörder das Messer gegeben hat, hat ebensowenig einen Menschen getötet wie der Haupttäter dadurch, daß er das Messer genommen hat, einen Menschen getötet hat.“ [1])

Da also die Tatbestandsmäßigkeit der Haupthandlung auf die Teilnahmehandlung nicht paßt, so müssen wir feststellen, ob es überhaupt für die Teilnahme eine Tatbestandsmäßigkeit gibt. Für die Haupthandlung haben wir die Tatbestandsmäßigkeit dadurch festgestellt, daß wir aus dem Tätigkeitswort des Verbrechenstypus festgestellt haben, welche Tätigkeit überhaupt durch den betreffenden Typus getroffen werden soll, und das Tätigkeitswort selbst ließ dann bei der betreffenden Handlung feststellen, wo der Beginn der Tatbestandsmäßigkeit lag; ferner zeigte sich die Vollendung darin, daß der betreffende Zustand hergestellt war. Auf dieselbe Art müssen wir für Anstiftung und Beihilfe diese Abgrenzung treffen.

A. Anstiftung: Im § 48 StGB. heißt das Tätigkeitswort „bestimmen“. Jede Tätigkeit also, durch die ein anderer zur Begehung eines Verbrechens bestimmt werden soll und die sich tatsächlich als „bestimmen“ darstellt, ist tatbestandsmäßig für die Anstiftungshandlung.[2]) Der Beginn der Tatbestandsmöglichkeit liegt da, wo

---

[1]) Beling S. 455.

[2]) So auch Rubo, StGB. S. 431: „Die Anstiftung ist, da sie ihrem Tatbestande nach bestimmt ist, eine selbständige Missetat.

die bestimmende Tätigkeit, sei es durch Geschenke, durch Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel, begonnen hat. Die Grenze kann nur, wie auch bei der Haupttat, für einen konkreten Fall gezogen werden. So liegt in dem Aussuchen eines Geschenkes, in dem Hintragen zu einem anderen, noch keine Bestimmungstätigkeit. Dieselbe beginnt aber schon mit dem Anbieten. Beendet ist die Anstiftungstätigkeit, wenn der Täter zu der strafbaren Handlung „bestimmt" ist.[1]) „Anstiftung . . . ist alles Handeln, durch das dieser Entschluß (Begehung der Tat) hervorgerufen werden soll, insbesondere das (ernstlich gemeinte) Auffordern zur Begehung einer strafbaren Handlung."[2])

Ob die strafbare Haupthandlung in dem einzelnen Falle ausgeführt wird oder nicht, ändert an der Anstiftungstätigkeit nichts. Es wäre gar nicht ausgeschlossen, daß jede Bestimmungstätigkeit, ob nun wirklich die strafbare Handlung begangen ist oder nicht, bestraft würde. „Da man nicht im voraus wissen kann, ob eine Aufforderung zu strafbarem Handeln Erfolg haben wird, oder nicht, hat es guten Sinn, wenn das Gesetz die Aufforderung mit Strafe bedroht, möge sie Erfolg haben oder nicht."[3]) Ebensowenig nun aber bei der Haupttat durch die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit in einem speziellen Fall auch gesagt ist, daß die Handlung bestraft wird, ebensowenig genügt die Feststellung, daß jemand einen andern bestimmt hat, eine strafbare Anstiftung bei ihm anzunehmen. Hierzu bedarf es vielmehr noch der Feststellung der übrigen vier Merkmale.

B. Zur Tatbestandsmäßigkeit der Beihilfe gehört gemäß § 49 StGB. eine Handlung, die sich als „Hilfeleisten" zu dem von dem Täter begangenen Verbrechen oder Vergehen darstellt. Die Tätigkeit des „Hilfeleistens" kann eine psychische (durch Rat) oder eine physische (durch Tat) sein. Grundsätzlich muß daran festgehalten werden, daß unter Beihilfe nur Handlungen der Außen-

---

[1]) So auch Löwenheim S. 36.

[2]) Höpfner S. 587.

[3]) Höpfner S. 587.

zone zu verstehen sind, nicht Handlungen des Tatbestandskerns.[1]) Denn die Handlungen des Tatbestandskerns stellen Ausführungshandlungen im Sinne der Haupttat dar und fallen unter die Strafdrohung für die Haupttat, wenn sie im übrigen den Erfordernissen der strafbaren Handlung genügen. Die Beihilfe „wird sich in den meisten Fällen als eine Handlung darstellen, die, wenn vom Täter begangen, lediglich Vorbereitung wäre".[2]) Die Betrachtung der konkreten Tat nur kann uns Aufschluß darüber geben, wann eine Tätigkeit als „Hilfeleisten" aufzufassen ist und wann nicht. Der Anfang der Ausführung bei der Beihilfe liegt da, wo man von der Tätigkeit sagen kann: diese konkrete Tätigkeit stellt ein Hilfeleisten dar. Die Beendigung der Tätigkeit liegt dann vor, wenn derjenige, dem die Hilfe geleistet wird, durch die Tätigkeit des Helfenden tatsächlich in seinem Entschlusse bestärkt wird. Eine Bestärkung des Entschlusses ist so lange möglich, als die Haupttat noch nicht vollendet ist. Oben ist gesagt, daß die Ausführung von Handlungen des Tatbestandskerns grundsätzlich als Täterschaft der Haupthandlung anzusehen ist. Hiervon ist eine Ausnahme zu machen. Liegen bei mehreren Personen, von denen eine jede eine Ausführungshandlung des Tatbestandskerns vornimmt, auch die übrigen Erfordernisse für eine strafbare Handlung vor, so werden alle als Mittäter bestraft. Fehlt es bei einer dieser Personen, die eine Ausführungshandlung des Tatbestandskerns mit vorgenommen hat, an einem der anderen Verbrechensmerkmale, genügt die Handlung bezüglich der Schuld z. B. dem Erfordernis für die Haupthandlung nicht, so ist Mittäterschaft ausgeschlossen. „Die Unmöglichkeit nun, sie als Täter der betreffenden Tatbestandsverwirklichung zu behandeln, rückt sie von selbst in die Kategorie der akzessorischen Teilnehmer. So ist, wer ohne die Absicht rechtswidriger Zueignung eine fremde bewegliche Sache in gemeinschaftlicher ‚Ausführung' mit einem andern zusammen, der diese Absicht hatte, oder wer ohne Überlegung in gemeinschaftlicher Ausführung mit einem mit Überlegung Handelnden einen Dritten

---

[1]) So auch v. Liszt S. 229.

[2]) v. Liszt S. 229.

getötet hat, Diebs= bezw. Mordgehilfe."[1])[2]) Tatbestandsmäßigkeit in dem geschilderten Sinne muß also für die Teilnahmetätigkeit verlangt werden. Ein Mangel an der Tatbestandsmäßigkeit, wenn z. B. bei der Beihilfe absolut untaugliche Mittel verwendet werden, bewirkt, daß die Teilnahmehandlung nicht als strafbare Handlung anzusehen ist. „Dies trifft z. B. zu, wenn der vermeintliche Hilfsakt selber absolut untauglich war, also schlechthin ungeeignet, eine Vorbereitungs= oder Nebenhandlung darzustellen, z. B. Darleihung eines Stückes Zucker zur Tötung. Hier würde die Beihilfe nicht deshalb zu verneinen sein, weil Beibringen von Zucker den Tatbestand der Tötung nicht erfüllt, sondern deshalb, weil Darleihen von Zucker keine Hilfshandlung zur Tötung ist."[3])

Es ist klar, daß man von einer Teilnahmehandlung nicht allgemein sagen kann, daß sie sich als Anstiftung oder als Beihilfe charakterisiere, sondern man kann von einer Teilnahme nur im Hinblick auf eine Handlung reden, an der teilgenommen wird; man kann nur sagen, diese Handlung stellt sich als Anstiftung zum Morde, als Beihilfe zum Diebstahl usw. dar; und weil die allgemeine Begehungsform der Teilnahme bei fast sämtlichen Verbrechenstypen des Besonderen Teiles möglich ist, so hat die Begehungsart der Teilnahme im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs ihre Regelung gefunden. Dieser Umstand nun, daß die Bestimmungen über Teilnahme im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs Platz gefunden haben, hat dazu geführt, der Teilnahme die Tatbestandsmäßigkeit, die Typizität, abzusprechen. So sagt Bauer (S. 51) gegen die Annahme einer selbständigen Teilnahmehandlung: „Sodann aber würde unter solchen Umständen die Anstiftung und Beihilfe nichts weiter als ein selbständiges Delikt der Verführung bezw. der Förderung sein, das als solches in dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs seinen richtigen Platz fände, nicht aber in den Allgemeinen Teil gehört, wie es beim Reichs=

[1]) Beling S. 423.

[2]) Im einzelnen soll hier auf den Unterschied zwischen der objektiven und der subjektiven Theorie nicht eingegangen werden, da es hier nur darauf ankommt, festzustellen, ob die Teilnahme so geartet ist, daß an ihr wieder eine Teilnahme möglich ist.

[3]) Beling S. 423 Anm. 3.

strafgesetzbuch der Fall ist“. Und Hilgemann (S. 12) führt aus: „Der erste Teil liefert uns nur den allgemeinen Verbrechensbegriff. Er gibt uns erstens nur darüber Auskunft, wie die Handlung im allgemeinen beschaffen sein muß, um denjenigen, welcher sie begangen hat, zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen. Sodann klärt er uns auch über die Erscheinungsformen der strafbaren Handlung auf und legt dar, wie man sich als Täter, Mittäter, Anstifter, Gehilfe und wegen Versuchs strafbar machen kann. Im zweiten Teil des Strafgesetzbuchs ist der allgemeine Verbrechensbegriff so, wie er sich auf Grund des ersten Teiles darstellt, in einzelne Verbrechenstypen zerlegt worden. Und wenn nun eine Bestimmung im Allgemeinen Teil untergebracht ist, so gibt der Gesetzgeber dadurch eben in unzweideutiger Weise zu erkennen, daß er damit nicht einen besonderen Verbrechenstypus konstruieren will“. Diese Deduktion ist aber völlig unrichtig. In der Hauptsache sind die Verbrechenstatbestände im Besonderen Teile des Strafgesetzbuchs aufgestellt. Nun gibt es aber sehr viele Handlungen, die nicht unter die Tatbestände des Besonderen Teiles fallen, weil sie nicht den ganzen Tatbestand darstellen, weil sie nur zum Teil tatbestandsmäßig sind. Diese wollte aber der Gesetzgeber trotzdem strafen. Und um sie nun strafen zu können, hat er im § 43 StGB. bestimmt, das diejenigen Handlungen, die sich bereits als Anfang der Ausführung eines Tatbestandes des Besonderen Teiles darstellen, als Versuchshandlungen gestraft werden sollen. So wird für den Tatbestand des Betrugs gefordert, daß durch die Vorspiegelung einer falschen Tatsache ein Irrtum erregt und auf Grund dieses Irrtums eine Handlung vorgenommen wird, durch die ein Vermögensschaden für einen anderen entsteht. Ist es nun zu der den einen Teil schädigenden Vermögensdisposition überhaupt nicht gekommen, so ist der Tatbestand des Betrugs nie gegeben; trotzdem ist derjenige, der den Irrtum erregte, bereits wegen Versuchs des Betruges zu strafen, weil seine Handlung den Erfordernissen des § 43 in Verb. mit § 263 StGB. genügt. Es wird doch wohl nicht geleugnet werden können, daß diese Handlung bereits tatbestandsmäßig gemäß § 43 ist, wenn auch gemäß § 263 Tatbestandsmäßigkeit nicht vorliegt. Das ist ja gerade der Zweck des Versuchsparagraphen, Handlungen, die

noch nicht unter den Rahmen des vollendeten Delikts fallen, dennoch strafen zu können; ohne die Bestimmung des § 43 würde man solchen Handlungen machtlos gegenüberstehen. Weil nun ein Versuch bei sehr vielen Delikten möglich ist, hat die Bestimmung über Versuch im Allgemeinen Teil ihren Platz gefunden.

Genau so wie mit den Versuchshandlungen ist es mit der Teilnahme. Anstiftungs- und Beihilfehandlungen unter den Tatbestand des Verbrechens zu fassen, an dem teilgenommen ist, ist, wie wir gesehen haben, nicht möglich. Aber eine Bestrafung wollte der Gesetzgeber; deshalb hat er für solche Fälle, die sich als Anstiftung oder Beihilfe charakterisieren, die besonderen Bestimmungen der §§ 48, 49 StGB. gegeben. Genügt nun auch eine Teilnahmehandlung nicht dem Typus des Verbrechens, an dem teilgenommen ist, so genügt sie trotzdem dem Teilnahmetypus an diesem Verbrechen, d. h. sie ist tatbestandsmäßig gemäß §§ 48, 49 in Verbindung mit dem betreffenden Paragraphen, dem die Haupttat unterfällt.[1] Und weil nun auch Teilnahme an fast allen Delikten des Besonderen Teiles möglich ist, so hat der Gesetzgeber die Teilnahmebestimmungen in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs aufgenommen. Es ist also in dem „Versuch" sowohl als auch in der „Teilnahme" ein ganz anderer Verbrechenstypus geschaffen als in der Haupttat. Während die Haupttat sämtliche Erfordernisse an sich tragen muß, um tatbestandsmäßig zu sein, genügt schon für den Versuch das Vorliegen eines Teiles dieser Erfordernisse zur Tatbestandsmäßigkeit, bei der Teilnahme schon Handlungen, die das Merkmal der Tatbestandsmäßigkeit der Haupthandlung überhaupt noch nicht an sich tragen, sondern die vor oder neben der Haupttat liegen. Eine Tatbestandsmäßigkeit ist also vorhanden, sowohl beim Versuch als auch bei der Teilnahme. Und allein die Tatsache, daß für die Typizität solcher Handlungen weniger gefordert wird als für die Typizität der Haupthandlung bildet den begrifflichen Unterschied. Und so haben wir denn bei jeder Handlung, die sich unter einen Verbrechens-

[1]) Dies gibt **Hilgemann** auch selbst zu (S. 29): „Nun aber ist auch die in einer Variante auftretende Handlung tatbestandsmäßig, allerdings nicht direkt, sondern modifiziert gemäß §§ 48, 49 StGB.". **Hergt** (S. 125) faßt die Teilnahme als tatbestandlich unselbständige Handlung auf.

begriff des Besonderen Teils nicht subsumieren läßt, zu prüfen, ob sie nicht schon unter den Versuchs- oder Teilnahmebegriff fällt, da für diese beiden Begriffe weniger erfordert wird. Da aber die besonderen Verbrechenstypen nur mit Hilfe der Verbrechensbegriffe konstruierbar, auch bei fast allen Delikten möglich sind, so ist ihre Regelung ganz mit Recht im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches erfolgt.[1]) Solange man die Bestimmung über Versuch in den Allgemeinen Teil aufnimmt, solange kann auch die Teilnahme dort ihren Platz behalten.[2])

II. Rechtswidrigkeit.

Wenn eine Handlung im Gesetz mit Strafe bedroht ist, so folgt daraus, daß die bezeichnete Handlung vom Gesetzgeber nicht gewollt, daß sie verboten, daß sie rechtswidrig ist. „Enthält die Gesetzgebung solche Strafbestimmungen, so ist es nur vernünftig, aus der Strafdrohung auf ein Verbot der Anstiftung und Beihilfe zu strafbaren Handlungen zu schließen, ebenso wie man aus einer Strafdrohung für körperliche Mißhandlung auf ein Verbot körperlicher Mißhandlung schließt, anders ausgedrückt, gesetzliche Strafdrohungen für Anstiftung und Beihilfe bilden eine zureichende gesetzliche Grundlage für die Annahme von Rechtsnormen, die die Anstiftung und Beihilfe zu strafbaren Handlungen verbieten."[3]) Die Strafdrohungsbestimmung haben wir in §§ 48, 49 StGB., und es folgt daraus mit Notwendigkeit, daß die Teilnahme rechtswidrig ist. Nun ist aber das Rechtswidrigkeitserfordernis bei der Anstiftung und Beihilfe nicht besonders hervorgehoben, während bei einigen Delikten ausdrücklich des Moments der Rechtswidrigkeit Erwähnung getan ist.[4]) Hieraus zu folgern, daß die Teilnahme nicht rechtswidrig sei, oder das Moment der Rechtswidrigkeit entbehren könne, wäre unrichtig, sondern es folgt daraus,

---

[1]) So auch Beling S. 398.

[2]) Es wäre auch wohl eine andere Regelung möglich, indem bei den einzelnen Verbrechen darüber Bestimmung getroffen würde. Dies ist im norweg. StGB. geschehen, jedoch erscheint die Regelung im Allgemeinen Teil praktischer.

[3]) Höpfner S. 585.

[4]) So auch Beling S. 162, 424; v. Liszt S. 146.

daß die Teilnahme prinzipiell rechtswidrig ist. Die ausdrückliche Hervorhebung bei einigen Tatbeständen ist wohl deshalb erfolgt, weil „deren Verwirklichung nicht selten rechtmäßig erfolgt" und weil gerade „bei diesen Straftaten die Abgrenzung der nicht rechtswidrigen von den rechtswidrigen Fällen besondere Schwierigkeiten bietet, dann aber auch in der reichsrechtlichen Zulassung einer landesrechtlichen Erlaubnis zur Vornahme solcher Handlungen".[1] Es erscheint die oben gezogene Folgerung, daß die Teilnahme rechtswidrig ist, weil für sie eine Strafe bestimmt ist, ganz selbstverständlich. Trotzdem findet sich verschiedentlich die Behauptung, daß die Teilnahme indifferent sei.[2] Das ist aber, wie oben gezeigt, völlig unmöglich, und man kann sich auch nicht damit helfen, daß man sagt, die Teilnahme werde erst rechtswidrig dadurch und infolgedessen strafbar, daß die Haupttat ausgeführt werde.[3] „Es ist nicht denkbar, daß ein strafrechtlich indifferentes Handeln durch den späteren Eintritt eines Ereignisses zu einem strafbaren werde, sofern man nicht unpassenderweise ein rechtswidriges Handeln, dessen Strafbarkeit einstweilen noch von einer Bedingung abhängt, als strafrechtlich irrelevant bezeichnen will. Es nutzt nichts, dem Anstifter A die strafbare Handlung des B als Erfolg seiner Handlung zurechnen zu wollen, denn der A kann vom Recht für die Handlung des B als Erfolg seiner Handlung höchstens dann verantwortlich gemacht werden, wenn die Herbeiführung dieses Erfolgs rechtswidrig war, m. a. W., wenn die Teilnahmehandlung nicht rechtlich indifferent, sondern verboten war, und soweit es sich um strafrechtliche Verantwortlichkeit handelt, muß die Handlung nicht bloß verboten, sondern auch vom Recht bedroht gewesen sein, wenn auch nur unter einer Bedingung, und kann daher auch nicht strafrechtlich indifferent gewesen sein."[4]

Mit Recht sagt daher Beling (S. 424): „. . . Derjenige, der einem anderen zu seinem Verbrechen Teilnahme leistet, ist ohne

[1]) v. Liszt S. 146; bei diesen Delikten bedarf es der ausdrücklichen Feststellung der Rechtswidrigkeit im Urteil.

[2]) So Borchert S. 52; RG. Bd. 5 S. 227, Bd. 11 S. 38.

[3]) Der Auffassung, daß die Teilnahme bedingt rechtswidrig sei, huldigt auch Hergt S. 131.

[4]) Höpfner S. 585.

weiteres im Unrecht. Die Teilnahme trägt grundsätzlich ihre Rechtswidrigkeit in sich selbst", und ebenso Binding[1]): „So sehe ich auch in der Vorhilfe und der Anstiftung schon verbotene Tätigkeiten".[2])

Wenn hiergegen eingewandt wird, daß es sich im Grunde genommen bei der Anstiftung und Beihilfe doch um Vorbereitungshandlungen handle, und diese seien nicht rechtswidrig und nicht strafbar, so ist darauf zu erwidern, daß wir es hier mit einer besonderen Gruppe von Vorbereitungs- und Nebenhandlungen zu tun haben. Übrigens ist es auch völlig einerlei, was es für Handlungen sind, der Gesetzgeber hat sie unter Strafe gestellt, und das ist der deutlichste Ausdruck dafür, daß diese Tätigkeiten rechtswidrig sind.[3])

III. Schuld.

Die Teilnahme setzt subjektive Verschuldung voraus.[4]) Die Schuldart ergibt sich aus den §§ 48, 49 StGB. Hiernach scheidet fahrlässiges Handeln von vornherein aus, es kommt für die Teilnahme nur vorsätzliches Handeln in Betracht. Fahrlässige Teilnahme scheidet aus, weil die Bestimmung der §§ 48, 49 StGB. sich nur auf vorsätzliches Handeln bezieht, nicht weil bei fahrlässigem Handeln das Erfordernis der Schuld fehlen würde. Eine Schuld, wenn auch eine geringere, liegt auch bei fahrlässiger Teilnahme vor, und es „stände sachlich nichts im Wege, auch die fahrlässige Teilnahme zu strafen".[5]) Der Vorsatz des Teilnehmers ist von dem Vorsatz des Haupttäters völlig verschieden. Diese Verschiedenheit wird durch die Art der Handlungen bedingt, die

---

[1]) GerS. Bd. 68 S. 14.

[2]) Ebenfalls Meyer S. 242: „Vielmehr kann auch von diesem Standpunkt (daß die Anstiftung der Regel nach durch die Begehung des Delikts bedingt ist) schon die anstiftende Tätigkeit als strafbar erscheinen, da wir es schon in ihr mit einem an sich strafbaren Hinwirken auf den Erfolg zu tun haben".

[3]) Beling (S. 345, 397) hält auch die Vorbereitungshandlungen für rechtswidrig, ebenfalls Bissingen und Nippenburg (S. 36); ob diese Ansicht richtig ist, kann dahingestellt bleiben; für die Teilnahmehandlungen kann darüber kein Zweifel bestehen.

[4]) Meyer S. 229.

[5]) So auch Meyer S. 244 Anm. 8.

von dem Haupttäter und dem Teilnehmer ausgeführt werden. Der Vorsatz des Haupttäters muß sich auf die Verwirklichung des Tatbestandskerns richten, während der Vorsatz des Teilnehmers sich auf die Ausführung des Teilnahmetatbestandes, auf die Anstiftungs- und Beihilfehandlungen, richten muß. Wird für den Haupttäter noch eine bestimmte Richtung im Willen bei einer strafbaren Handlung gefordert, so besteht dies Erfordernis nicht für den Teilnehmer; so muß beim Diebstahl für den Dieb die Absicht rechtswidriger Zueignung bestehen, für den Teilnehmer ist diese nicht erforderlich. Aus der Vorsätzlichkeit der Teilnahme ergibt sich, daß der Teilnehmer auch die Tat des Haupttäters gekannt haben muß. Denn sonst ist keine vorsätzliche Bestimmung und keine vorsätzliche Beihilfe zu dieser Handlung möglich.[1])

IV.

Die Strafdrohung für die vorsätzliche Teilnahmehandlung ist durch Bezugnahme auf die Strafdrohung für die Haupthandlung gegeben, und zwar soll die Strafe des Teilnehmers nach demjenigen Gesetze festgestellt werden, welches auf die Handlung Anwendung findet, an welcher teilgenommen ist; für die Beihilfe ist die im Gesetze festgesetzte Strafe nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen.

V.

Teilnahme als eine den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung.

Die Strafbarkeit der Teilnahme ist bedingt durch das Zustandekommen der Haupttat,[2]) oder, wie Olshausen[3]) sagt: „Die Haupttat bildet eine materielle Voraussetzung für die Teilnahme". Stiftet A den B, und C den D durch dieselbe Tätigkeit zu der-

---

[1]) Die Frage, wieweit der Vorsatz des Teilnehmers die Kenntnis der Haupttat umfassen muß, ist sehr bestritten, jedoch interessiert sie für unsere Untersuchung nicht weiter. Es genügt uns die Feststellung, daß Schuld, und zwar Vorsatz beim Teilnehmer vorhanden sein muß. Über den Vorsatz des Anstifters vgl. Löwenheim.

[2]) So auch Meyer S. 244, 249; Löwenheim S. 36; Frank S. 96.

[3]) S. 182, 2; ebenso Rüdorff § 48, 5; Oppenhoff § 48, 7: „Die Strafbarkeit der Anstiftung (Beihilfe) ist wesentlich durch die Begehung derjenigen Straftat bedingt, zu welcher angestiftet oder Hilfe geleistet wurde".

selben Handlung, z. B. einem Diebstahl, an und führt nur B den Diebstahl aus, so wird nur A wegen Anstiftung zum Diebstahl bestraft; eine Bestrafung des C kann nicht erfolgen, weil die notwendige Bedingung, nämlich das Zustandekommen der Haupttat, fehlt.[1] Es ist nun klar, daß dieser Standpunkt, für jede Teilnahme zur Strafbarkeit die Haupthandlung zu verlangen, schroff durchgeführt, verfehlt sein würde. Es könnte nämlich dann straflos einer, der den Entschluß gefaßt hat, seinen Feind aus dem Wege zu räumen, eine Reihe von Personen zum Morde anstiften; trotzdem man von diesem Treiben Kenntnis hätte, würde eine Bestrafung nicht möglich sein, sondern man müßte erst den Erfolg, nämlich den Mord abwarten, um gegen den Anstifter vorgehen zu können. Pflicht des Gesetzgebers ist es aber in erster Linie, Verbrechen zu verhüten, und erst in zweiter Linie, Verbrechen zu bestrafen. In gewissem Umfange hat daher der Gesetzgeber sich gegen die Teilnahmetätigkeit gewandt, ohne den Erfolg, die Haupttat, abzuwarten. So hat er im § 159 StGB. die Anstiftung (Verleitung) zum Meineid, die einen Erfolg nicht gehabt hat, unter Strafe gestellt. Ebenso in den §§ 112, 141 StGB. Anstiftung zur Fahnenflucht und zum militärischen Ungehorsam. Eine allgemeine Bestimmung, wonach Anstiftungstätigkeit bestraft wird, findet sich im § 110 StGB.: Wer öffentlich vor einer Menschenmenge zum Ungehorsam gegen Gesetze auffordert . . ., wird bestraft. Ferner hat der Gesetzgeber die Bedingung des Zustandekommens der Haupttat für die Strafbarkeit der Teilnahme in dem im Jahre 1876 eingefügten sogen. „Du Chesne-Paragraph“ (§ 49 a) fallen lassen; hiernach wird das mündlich ausgedrückte Auffordern zur Begehung eines Verbrechens bestraft, wenn die Aufforderung an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft ist; das schriftlich ausgedrückte Auffordern zur Begehung eines Verbrechens wird immer bestraft.[2]

---

[1]) Daß es völlig irrig ist, aus dem Erfordernis des Zustandekommens der Haupttat auf die eigentliche Teilnahmetätigkeit einen Schluß zu ziehen, besonders bezüglich der Rechtswidrigkeit derselben, ist S. 44 ff. gezeigt.

[2]) Das Reichsgericht spricht in OLGRspr. Bd. 5 S. 248 diesen Gedanken aus: „Diese wesentlich dem belgischen Gesetz v. 7. 7. 1875 nachgebildete Strafnorm bezweckt, über die Regel des § 48 hinaus, welcher die Strafe der Anstiftung durch

Die Teilnahme trägt, wie gezeigt ist, sämtliche Verbrechensmerkmale an sich, und es bleibt daher nur die notwendige Schlußfolgerung: die Teilnahme selbst stellt sich als strafbare Handlung dar. Das einzige, was die Teilnahme von einer anderen strafbaren Handlung unterscheidet, ist, daß die Teilnahme die Begehung der Haupttat als Bedingung ihrer Strafbarkeit zur Voraussetzung hat. Dieses Abhängigkeitsverhältnis bildet die akzessorische Natur der Teilnahme; insofern, aber auch nur insofern ist die Teilnahme unselbständig.[1])

Wird die Handlung, zu der angestiftet oder Beihilfe geleistet ist, tatsächlich begangen, ist also die einzige und notwendige Bedingung für die Strafbarkeit der Teilnahme erfüllt, so unterscheidet sich die Teilnahme in nichts mehr von der Haupttat; sie stellt sich dann selbst als strafbare Handlung, als Verbrechen, Vergehen oder bei der Anstiftung auch als Übertretung dar;[2]) überall, wo im Gesetz von strafbarer Handlung die Rede ist, da ist auch die Teilnahme darunter zu verstehen, wenn die Haupttat zustande gekommen ist.[3])

Es bleibt nun die Frage zu beantworten: Gibt es an dieser strafbaren Teilnahmehandlung wiederum eine strafbare Teilnahme, oder wie stellt sich die begrifflich mögliche Teilnahmetätigkeit an einer solchen strafbaren Handlung juristisch dar?

---

die von dem anderen begangene strafbare Handlung bedingt, im Interesse der öffentlichen Sicherheit dem Werben von Tätern, Mittätern oder Gehilfen für die Ausführung eines Verbrechens zu begegnen."

[1]) Die von Bauer (S. 49ff.) gegen diese Auffassung erhobenen Einwände sind von Höpfner, dessen Gedankenführung auch Hilgemann (S. 9ff.) als richtig anerkennt, in treffender Weise widerlegt worden (S. 600ff.). Gegen die Ansicht Bauers und Hilgemanns, wonach die Behandlung der Anstiftung und Beihilfe im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches ein Moment gegen die Auffassung der Teilnahme als selbständige Handlung enthielten, ist bereits (S. 40ff.) Stellung genommen. Bauer selbst gibt auch zu, daß die im vorigen vertretene Ansicht — die Teilnahme ist eine bedingt strafbare Handlung — vieles von jener „Aneignung fremder Schuld voraus hat, als bei dieser Auffassung der ganze mystische Vorgang der Aneignung fremder Schuld fortfällt".

[2]) So auch Bissingen und Nippenburg S. 38.

[3]) Hilgemann S. 29.

Dritter Abschnitt.

§ 7.

Die konsequente Durchführung der von Kohler vertretenen Ansicht, daß die Teilnahme mittelbare Täterschaft sei, führt bezüglich der Teilnahmeteilnahme zu dem Ergebnis, daß auch hier die entferntere Teilnahme als Täterschaft aufzufassen ist. Denn wenn A, der den B zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung anstiftet, als Täter anzusehen ist, dann ist auch C, der den A anstiftet, damit dieser wiederum B anstiften solle, als Täter aufzufassen; es kann doch keinen Unterschied machen, ob sich jemand eines oder der Reihe nach mehrerer zurechnungsfähiger Menschen zur Herbeiführung eines Erfolges bedient. Kohler vertritt auch diesen Standpunkt, und es kommt daher für ihn eine Konstruktion der Teilnahmeteilnahme nicht in Frage. Er sagt (S. 139): „Wie sich der Anstifter eines direkten Werkzeuges bedienen kann, so auch eines indirekten, und es ist eben auf diese Weise möglich, dritte Personen zu Werkzeugen des Delikts zu gewinnen, welche dem Anstifter ganz fernestehen". Es ist schon S. 6 ff. dargetan, daß unser positives Recht den Standpunkt Kohlers von der Teilnahme als mittelbarer Täterschaft nicht teilt, sondern daß man vielmehr Anstiftung und Beihilfe wirklich als Teilnahme auffassen muß. Deshalb ist es denn weiter auch unmöglich, Teilnahme an der Teilnahme sogar noch als Täterschaft aufzufassen.

Derselbe Fehler, der sich in der Teilnahmelehre Kohlers findet, tritt uns bei der Teilnahmeteilnahme bei denjenigen entgegen, die, obschon sie Teilnahme als wirkliche Teilnahmeform betrachten, bei der Teilnahmeteilnahme mittelbare Teilnahme an=

nehmen. So behauptet v. Liszt (S. 232): „Aus der Unselbständigkeit der Teilnahme folgt weiter: Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) ist mittelbare Teilnahme". Der hier von v. Liszt eingenommene Standpunkt bezüglich der Teilnahmeteilnahme steht aber in Widerspruch mit der von v. Liszt vertretenen Auffassung von der Anstiftung und Beihilfe.[1] Nach seiner Ansicht stellt sich die Täterschaft als Verursachung des Erfolges dar. Anstiftung und Beihilfe dagegen ist nur Teilnahme an der durch den Täter bewirkten Verursachung des Erfolges. Es vertritt also v. Liszt keineswegs den Standpunkt, daß Teilnahme mittelbare Verursachung, mittelbare Täterschaft sei. Diesen Standpunkt kann v. Liszt auch nicht vertreten, weil der Gesetzgeber „den Teilnehmern gegenüber in der Tat des Haupttäters, auch wenn der Tatentschluß durch einen Dritten hervorgerufen oder verstärkt war, stets den Eintritt einer neuen und selbständigen Kausalreihe" erblickt (S. 134). Diese neue Kausalreihe entsteht regelmäßig durch die freie, vorsätzliche Tat eines zurechnungsfähigen Menschen. Wo aber freies, vorsätzliches Handeln nicht vorliegt, da kommen die Regeln der Verursachung völlig zur Anwendung, so daß, wenn jemand einen Unzurechnungsfähigen zu einer strafbaren Handlung anstiftet, er, der scheinbare Anstifter, als mittelbarer Täter erscheint. Stiftet also A den B zu einer strafbaren Handlung an, so ist zu unterscheiden, ob B frei und vorsätzlich handelt oder nicht. Handelt B frei und vorsätzlich, so ist B Täter, A ist Anstifter. Handelt B unfrei, so ist A mittelbarer Täter. Wird nun A wiederum von C angestiftet, so müssen dieselben Regeln gelten. Handelt B frei, A frei und stiftet C den A an, daß dieser den B anstiften soll, so wird durch die freie Handlung des A ebenfalls der Kausalzusammenhang unterbrochen; es liegt zwischen der Handlung des C und des B der Beginn einer neuen Kausalreihe, so daß es unmöglich ist, C als Anstifter des B anzusehen. Anstifter des B ist C nur dann, wenn keine neue Kausalreihe zwischen seiner Handlung und der Handlung des B liegt, und das ist der Fall, wenn A unfrei handelt.

---

[1]) So auch Hilgemann S. 39. Es mag hier ganz von dem Bedenken abgesehen werden, die S. 20ff. gegen die Lehre von v. Liszt geltend gemacht sind.

Handelt also A unfrei, so ist C als mittelbarer Anstifter des B aufzufassen. Handelt aber A frei, so geht das nicht an, C ist dann eben nur Anstifter des A, Anstifter zu einer Anstiftungshandlung, weil der Kausalzusammenhang zweimal unterbrochen ist.

„Die folgerichtige Durchführung der von v. Liszt bei der einfachen Teilnahme aufgestellten Grundsätze müßte doch zu der Annahme einer besonders gearteten Tätigkeit, etwa der Teilnahmeteilnahme führen.“[1]) Nun gerät v. Liszt in eine schwierige Lage. Teilnahme an der Teilnahme muß er anerkennen, aber wenn er sie anerkennt, so widerspricht diese Teilnahmeteilnahme dem Satz von der Unselbständigkeit der Teilnahme. Wollte also v. Liszt die Teilnahme an der Teilnahme gestraft wissen, so mußte er einen Satz aufgeben, entweder die Unselbständigkeit der Teilnahme oder die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und den Eintritt einer neuen selbständigen Kausalreihe. In der Tat hat v. Liszt den letzten Satz bei dieser Konstruktion aufgegeben und die Teilnahme an der Teilnahme als mittelbare Teilnahme an der Haupttat erklärt. S. 134 aber behauptet er, daß bei freiem, vorsätzlichem Handeln eines zurechnungsfähigen Menschen für die Teilnahme der Grundsatz der Verursachung nicht anzuwenden sei, sondern daß nur jenseits der durch diesen Satz (Lehre von der Teilnahme) gezogenen Schranken der allgemeine Ursachenbegriff zur Anwendung komme. Bei der Teilnahmeteilnahme wendet er aber den Ursachenbegriff innerhalb der Schranken der Teilnahme an, denn zwischen dem Anstifter eines Anstifters und dem eigentlichen Täter tritt doch noch das Handeln eines zurechnungsfähigen Menschen. Also der Standpunkt Kohlers für die Teilnahme ist von v. Liszt für die Teilnahmeteilnahme angenommen; in beiden Fällen wird unzulässigerweise die Beeinflussung frei und vorsätzlich handelnder Personen als Ursächlichkeit für die Tat betrachtet.

Wie wir oben gesehen haben, kann bei der Teilnahmeteilnahme nur dann mittelbare Teilnahme vorliegen, wenn die Mittelsperson unfrei handelt, wenn sie sich als Werkzeug in der Hand des Dritten darstellt, ebenso wie bei der Teilnahme mittelbare Täter-

---

[1]) Hilgemann S. 40.

schaft vorliegt, wenn der Täter unfrei handelt. Liegt aber dieser Fall nicht vor, so ist bei der Teilnahmeteilnahme die Mittelsperson Anstifter und derjenige, der die Mittelsperson anstiftet, ist Anstifter eines Anstifters. Als mittelbaren Anstifter den letzteren aufzufassen ist nicht möglich. Solange man den Anstifter nicht als Täter auffaßt, kann man den Anstifter eines Anstifters nicht als mittelbaren Anstifter auffassen. Würde man zu dem Resultat kommen, daß an einer Teilnahmehandlung eine weitere Teilnahme nicht möglich sei, so würde nichts übrigbleiben, als den Anstifter eines Anstifters und ebenso jede andere Form der Teilnahmeteilnahme für straflos zu erklären; Teilnahme in die Formen der Teilnahme zu zwängen geht nicht an.[1])

Aber noch aus einem anderen Grunde kann man Teilnahmeteilnahme nicht als mittelbare Teilnahme auffassen. Wenn man bedenkt, daß die Teilnahme eine Handlung ist, die sich als Vorbereitungs- oder Nebenhandlung zu fremder Ausführungstat darstellt, und weiterhin, daß Teilnahme noch entferntere Vorbereitungs- oder Nebenhandlung ist, so könnte man folgern, daß die Teilnahmeteilnahme wirklich Teilnahme an der Haupttat sei. Nun hat aber der Gesetzgeber aus der großen Zahl von Handlungen, die nicht unter die Strafordnung für die Haupttat fallen, zwei Teilnahmeformen herausgegriffen und diese Handlungen mit voneinander verschiedener Tatbestandsmäßigkeit konstruiert und auch verschiedene Strafen für sie festgesetzt. „Und diese Zweiheit der positiv rechtlichen Teilnahme vereitelt den Versuch, den entfernteren Teilnehmer einfach als Haupttatteilnehmer aufzufassen.“[2]) Vergegenwärtigt man sich die möglichen Teilnahmeteilnahmeformen:

1. Anstiftung zur Anstiftung,
2. Anstiftung zur Beihilfe,
3. Beihilfe zur Beihilfe,
4. Beihilfe zur Anstiftung,

so ginge es vielleicht noch an, in den Fällen 1 u. 3 von einer Anstiftung oder Beihilfe zur Haupttat zu sprechen. Wie aber

---

[1]) Zu diesem Resultat kommt folgerichtig Hilgemann (S. 43). Die Auffassung der Teilnahmeteilnahme als mittelbare Teilnahme lehnt auch er ab (S. 40).

[2]) Beling S. 449.

sollen die Fälle 2 u. 4 beurteilt werden? Nach der Tätigkeit des ersten oder des zweiten Teilnehmers? Nach der Tätigkeit des ersten Teilnehmers würde im Fall 2 Beihilfe an der Haupttat vorliegen, nach der Tätigkeit des entfernteren Teilnehmers aber Anstiftung zur Haupttat. Nun sind aber die Anstiftungs- und Beihilfetätigkeiten völlig verschieden. Von einem Teilnehmer, der wissentlich Hilfe leistet, kann man nicht behaupten, daß er auch einen andern anstifte. Es ist gar nicht möglich, den Anstifter eines Gehilfen als Gehilfen des Haupttäters anzusehen, denn zu diesem Zwecke müßte er eine Beihilfehandlung vorgenommen haben, und zwar eine solche, durch die der Haupttäter in seinem Beschlusse bestärkt würde. Nun nimmt er aber erstens keine Beihilfetätigkeit vor — er stiftet an —, und dann bestärkt er auch nicht den Haupttäter in seinem Entschlusse, er kommt mit dem Haupttäter nicht einmal in Berührung.

Andererseits kann man aber auch den Anstifter eines Gehilfen nicht als Anstifter zur Haupttat ansehen. Stiftet A den B an, daß B dem C Beihilfe leiste, so ist die Anstiftung des A vollendet, wenn B zur Beihilfe entschlossen ist; führt aber B, der entschlossen ist, in Wirklichkeit nichts aus, so kommt es gar nicht zu einer Beihilfe zur Haupttat. Käme es aber wirklich zu einer Beihilfehandlung seitens des B, so würde man doch nicht sagen können, daß C angestiftet worden ist. Ihm ist eben nur Beihilfe geleistet, und zwar ist ihm die Beihilfe geleistet von B. A hat weder den C angestiftet noch ihm Beihilfe geleistet, er hat nur den B angestiftet. Würde man also unbedingt bei der Beihilfe zur Anstiftung und der Anstiftung zur Beihilfe eine Teilnahmeteilnahme annehmen müssen, so muß dasselbe auch bei den beiden anderen Formen der Teilnahmeteilnahme gelten, denn es bedarf wohl keiner weiteren Begründung, daß die vier Fälle der Teilnahmeteilnahme übereinstimmend behandelt werden müssen.[1]

Nach diesen Ausführungen ist wohl klar, daß Teilnahmeteilnahme nicht als mittelbare Teilnahme aufgefaßt werden kann.

---

[1]) Beling S. 450; ebenfalls Hilgemann S. 42; Beling glaubt allerdings, daß bei den letztgenannten Fällen eine logische Unmöglichkeit der Konstruktion als direkte Hauptteilnahme nicht entgegenstehe, und man könnte bei der Anstiftung zur Anstiftung wohl sagen, daß der entferntere Anstifter zur Haupttat

§ 8.

Es ist bereits S. 48 ausgeführt, daß wenn die Haupttat begangen ist, wenn die einzig notwendige Bedingung zur Strafbarkeit der Teilnahme erfüllt ist, die Teilnahme sich als strafbare Handlung darstellt, und daß überall, wo das Gesetz von strafbarer Handlung spricht, auch die Teilnahme darunter zu verstehen ist. An einer strafbaren Handlung ist aber eine strafbare Teilnahme möglich, folglich auch an der durch das Zustandekommen der Haupttat zur völlig strafbaren Handlung gewordenen Teilnahme. Wir kommen daher zu dem Resultat, es gibt eine strafbare Teilnahmeteilnahme.

Hiergegen hat Herzog[1]) geltend gemacht, daß im § 48 StGB. unter dem „andern" nur der eigentliche Täter, der Haupttäter, gemeint sein könne, weil der Gesetzgeber bis zum § 48 StGB. noch keine andere Begehungsform genannt habe, mithin hier auch nur diese bis dahin genannte Begehungsform, die eigentliche Täterschaft, darunter verstanden werden könne. Dies Argument ist aber nicht stichhaltig,[2]) denn man muß doch annehmen, daß der Gesetzgeber seine Terminologien so objektiv gibt, daß diese überall Anwendung finden; ob sie früher oder später im System gegeben sind, kann nicht von Belang sein.

Die Argumentation Herzogs erkennt auch Hilgemann nicht als richtig an, jedoch glaubt er in den §§ 48, 49 StGB. Umstände erblicken zu können, die die an sich berechtigte oben gezogene Folgerung der strafbaren Teilnahmeteilnahme nicht zuließen. Er weist hier darauf hin, daß es im § 49 ausdrücklich heißt, die Beihilfe müsse dem „Täter" geleistet sein; unter „Täter" sei aber nur der „eigentliche Haupttäter" zu verstehen.

„Als Täter wird allgemein derjenige bezeichnet, der das in Betracht kommende Verbrechen oder Vergehen verübt", und es würde hiernach nichts im Wege stehen, im § 49 unter „Täter" auch

angestiftet hat. M. E. ist es aber auch logisch unrichtig, von dem entfernteren Anstifter zu behaupten, er stiftete zur Haupttat an, weil der entferntere Anstifter mit dem Haupttäter absolut nichts zu tun hat. Juristisch ist diese Konstruktion, wie auch Beling annimmt, nach dem oben Gesagten sicherlich unmöglich.

[1]) Deutsche Strafrechtszeitung Bd. 11 S. 265.

[2]) Olshausen § 48 N. 23; Hilgemann S. 30.

den Teilnehmer zu verstehen. Die Entstehungsgeschichte zeigt, daß diese Annahme begründet ist. Die Bundesratskommission hatte den einschlägigen Paragraphen dahin angenommen: „wegen Beihilfe wird bestraft, wer das Verbrechen oder Vergehen eines anderen durch Rat und Tat erleichtert oder befördert hat“.

Die mit der Redaktion der Kommissionsbeschlüsse betraute Subkommission ersetzte das Wort „anderen“ durch „Täter“. Eine Änderung des Sinnes liegt nicht darin, ist auch nicht gewollt.

Ferner zeigt die Entstehungsgeschichte, daß gerade die Fälle der Teilnahmeteilnahme bei der Beratung ausdrücklich erwähnt sind und durch die Bestimmung der Teilnahme mitgetroffen werden sollten. Es heißt in dem Protokoll der Bundeskommission über die Sitzung v. 4. 12. 1869: „Anlangend die Frage, in bezug auf welche Handlungen die Anstiftung und Beihilfe strafbar sein sollen, insbesondere ob auch Anstiftung zur strafbaren Beihilfe als strafbare Anstiftung zu erachten sei, wurde von dem Herrn Vorsitzenden der Antrag gestellt: Die Anstiftung zur Beihilfe für strafbar zu erklären, soweit es begrifflich zulässig sei. Mit 4 gegen 3 Stimmen wurde dieser Antrag angenommen“.[1])

Hilgemann[2]) folgert daraus, daß im code pénal nur an der Handlung des auteur teilgenommen werden konnte, daß diese Bestimmung des code pénal in das preuß. Strafgesetzbuch aufgenommen und die Bestimmungen des preuß. Strafgesetzbuchs fast ohne Änderung in das Reichsstrafgesetzbuch übernommen sind, daß deshalb nach dem Reichsstrafgesetzbuch ebenso wie nach dem code pénal nur an der Tat des eigentlichen Teilnehmers teilgenommen werden könnte. Wenn die Bestimmung des code pénal auch in das preuß. Strafgesetzbuch aufgenommen sein mag, so ist, wie die oben zitierte Stelle zeigt, für das Reichsstrafgesetzbuch dieselbe nicht aufgenommen; es ist gerade das Gegenteil gewollt. Die Folgerung ist daher unberechtigt.[3]) Das Hauptargument für

---

[1]) Rubow § 48 N. 7; Borchert S. 59.

[2]) Hilgemann S. 33.

[3]) Es können deshalb auch die von Hilgemann S. 45, 46 angeführten Entsch. d. preuß. OTr. v. 20. 2. 1856 (GoltdArch. Bd. 4 S. 469) und v. 8. 10. 1858 (ebenda Bd. 6 S. 824), in welchen der Standpunkt vertreten ist, daß Teilnahmeteilnahme straflos sei, nicht zur Unterstützung seiner Ansicht in Betracht kommen.

die Annahme einer Täterschaft im engeren Sinne in §§ 48 und 49 StGB. glaubt Hilgemann (S. 31) in dem Wesen der Teilnahme zu erblicken: „Würde man in den §§ 48, 49 StGB. unter dem ‚Täter‘ auch den ‚Teilnehmer‘ mitverstehen, so müßte man bei der Teilnahme an der Teilnahme die Beschaffenheit einer Handlung abhängig machen von einer Handlung, die selbst jeder Typizität entbehrt und ihren Charakter aus einer anderen Handlung herleitet. Ein Akzessorium zu einem Akzessorium ist aber ein Unding“.

Das sind aber alles nur leere Redensarten. Wird die Haupthandlung ausgeführt, dann wird die vorher bedingt strafbare Handlung zu einer unbedingt strafbaren Handlung. Von „Entlehnung ihrer Kraft“ kann keine Rede sein. Sie trägt sämtliche Merkmale einer strafbaren Handlung in sich selbst und unterscheidet sich in nichts von jeder anderen strafbaren Handlung. Die gegenteilige Ansicht hat auf der Suche nach Gründen auf die völlig unhaltbare Lehre der Aneignung fremder Schuld zurückgegriffen.

Ergibt sich so kein Moment, das gegen die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahmeteilnahme spricht, so bleibt die oben gezogene Schlußfolgerung berechtigt. Nun spricht aber auch, wie wir gesehen haben, die Absicht des Gesetzgebers dafür. Diese Absicht des Gesetzgebers finden wir aber auch in dem durch die Novelle v. 26. 2. 1876 eingeführten § 49a zum Ausdruck gebracht. Nach § 49a wird die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens und zur Teilnahme an demselben unter besonderen Voraussetzungen gestraft, und zwar handelt es sich immer in dem Paragraphen um Aufforderungen, bei welchen die Handlung, zu der aufgefordert worden ist, nicht begangen ist. Hiernach wird die Aufforderung zur Teilnahme an einem Verbrechen dann gestraft, wenn dieselbe schriftlich erfolgt oder an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft ist. Nimmt man nun an, daß Anstiftung zur Teilnahme bei wirklicher Begehung des Verbrechens straflos ist, so kommt man zu dem Ergebnis, daß schriftliche Anstiftung zur Teilnahme strafbar dann ist, wenn die Haupttat nicht begangen ist, daß aber dieselbe schriftliche Anstiftung straflos ist, wenn die Anstiftung tatsächlich Erfolg gehabt hat, wenn die Tat,

zu der angestiftet ist, wirklich begangen ist. Hieraus folgt mit Notwendigkeit die Unrichtigkeit der gegenteiligen Ansicht. Mag auch der Vorwurf, den Berner (S. 169) gegen den § 49a erhebt: „Sollte Deutschland wirklich außerstande gewesen sein, den Belgiern durch ein reiferes Gesetz zu antworten?“ nicht unberechtigt sein, eine solche Gedankenlosigkeit und einen derartigen Widerspruch in seinen Bestimmungen kann man doch dem Gesetzgeber nicht zumuten.

Daß § 49a eine Bresche in die Konstruktion einer straflosen Teilnahme an der Teilnahme legt, erkennt Hilgemann (S. 44 Anm. 3) auch an, aber mittels eines argumentum a contrario glaubt er wenigstens aus diesem Paragraphen, der die von ihm angenommene Konstruktion so schwer schädigt, ein Moment für seine Annahme zu finden. „In dieser Bestimmung (§ 49a), welche unter gewissen Umständen schon die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens ohne Rücksicht auf den Erfolg unter Strafe stellt, wird neben der Täterschaft die Teilnahme ausdrücklich erwähnt. In den §§ 48, 49 wird aber der Teilnahme mit keinem Worte gedacht, woraus zu schließen ist, daß der Gesetzgeber in diesen Bestimmungen die Teilnahme nicht mitumfassen wollte.“

Die ausdrückliche Hervorhebung der Teilnahme neben der Täterschaft im § 49a hat aber gerade den gegenteiligen Zweck. Im § 49a sollen Tätigkeiten getroffen werden, die keinen Erfolg gehabt haben. Wenn nun der Gesetzgeber einfach bestimmt hätte, „wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert“, so würde darunter nie die Aufforderung (Anstiftung) zur Teilnahme an einem Verbrechen fallen können, denn Teilnahme ist keine strafbare, sondern eine bedingt strafbare Handlung, und da gerade in den Fällen des § 49a die strafbare Haupthandlung nicht begangen ist, also die für die Strafbarkeit der Teilnahme notwendige Bedingung nicht erfüllt ist, kann man sie auch nicht als Verbrechen bezeichnen. Wollte also der Gesetzgeber im § 49a auch Anstiftung zur Teilnahme bestraft wissen, so mußte er dies ausdrücklich bestimmen. Ganz anders ist es bei §§ 48 u. 49. Hier ist immer Voraussetzung, daß die Haupthandlung begangen ist. Eine besondere Bestimmung bezüglich der Teilnahme erübrigt sich in diesen Fällen. Denn ist die Haupthandlung zustande ge-

kommen, so ist die Teilnahme eine strafbare Handlung, ein Verbrechen oder Vergehen, und daran ist wieder Teilnahme möglich. Kommt die Haupthandlung nicht zustande, so braucht man gar nicht zu fragen, ob es eine strafbare Teilnahme an der Teilnahme gebe, denn da die Teilnahme selbst dann schon keine strafbare Handlung ist, ist auch daran keine strafbare Teilnahme möglich. Die Gegenüberstellung in den §§ 48, 49 und im § 49a zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber die Teilnahme an der Teilnahme in beiden Fällen bestraft wissen wollte, während sich das aber in den §§ 48, 49 von selbst ergab, weil hier nur Teilnahme bei wirklich begangener Haupttat in Frage kommt, mußte es in § 49a besonders hervorgehoben werden, da mit der allgemeinen Bezeichnung „Verbrechen“ nicht die Teilnahme umfaßt würde, wenn die Haupttat nicht zustande gekommen ist.

Das Resultat unserer Untersuchungen können wir nun dahin zusammenfassen: Ist die Haupttat begangen, so ist die Teilnahme eine strafbare Handlung. An einer strafbaren Handlung ist aber wieder Teilnahme möglich, daher ist die Teilnahme an der Teilnahme wieder eine strafbare Handlung.

Die Auffassung, daß die Teilnahme an der Teilnahme strafbar sei, wird bezüglich der Beihilfe zur Anstiftung auch vom Reichsgericht vertreten. Es heißt Bd. 14 S. 318:

„Jede Unterstützung des Anstifters in seiner Anstiftungshandlung vom ersten Stadium der Entschließung bis zu dem letzten der Bestimmung des Angestifteten zur Straftat erscheint begrifflich als Beihilfe zur Anstiftung“.

Bezüglich der übrigen Teilnahmeteilnahmeformen nimmt das Reichsgericht mittelbare Teilnahme an.[1] [2] Die bei der Beihilfe zur Anstiftung zugegebene begriffliche Möglichkeit muß bei den übrigen Formen die Auffassung des Reichsgerichts als inkonsequent erscheinen lassen.

Es mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß die Anerkennung der Straflosigkeit der Teilnahmeteilnahme einem ge-

---

[1]) So bei der Beihilfe zur Beihilfe (Bd. 4 S. 60).

[2]) Den Standpunkt, daß die Teilnahme an der Teilnahme straflos sei, hat aber das Reichsgericht nie vertreten.

wiegten Verbrecher ein willkommenes Mittel sein würde, um selbst seinen Zweck zu erreichen und doch straflos auszugehen. Man erblickt mit Recht in der Strafdrohung für die Teilnahme eine sekundäre Bekämpfungsmethode des Hauptverbrechens.[1]) Bei der Durchführung des Standpunktes, daß Teilnahmeteilnahme straflos sei, könnte dann aber der gewiegte Verbrecher z. B. als Anstifter eines Anstifters auftreten. Er würde dann straflos ausgehen, während ein minder geriebener als Anstifter tätig und strafbar würde. Bei der Teilnahmeteilnahme würde dann aber nicht eine Bekämpfungs-, sondern eine Beförderungsmethode herrschen.

§ 9.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die Teilnahme das Zustandekommen der strafbaren Haupttat zur Voraussetzung hat. Wenn die strafbare Haupttat vorhanden ist, dann erfolgt eine Bestrafung wegen Teilnahme ohne Rücksicht darauf, ob der Täter nun auch tatsächlich bestraft wird oder bestraft werden kann, Strafausschließungsgründe beim Haupttäter beeinflussen die Teilnahme nicht. Liegen aber bei dem Täter Gründe vor, die eine strafbare Handlung nicht zur Entstehung gelangen lassen, sogen. Schuldausschließungsgründe, z. B. Unzurechnungsfähigkeit, so kann von einer strafbaren Teilnahme nicht die Rede sein, weil die strafbare Haupthandlung fehlt. Um in diesen letzten Fällen den eigentlichen Teilnehmer aber dennoch seiner verdienten Strafe zuführen zu können, hat man seine Zuflucht zur Konstruktion der mittelbaren Täterschaft genommen. Abgesehen aber davon, daß es sich hierbei nur um eine Fiktion handelt, ist es sehr zweifelhaft, ob durch die mittelbare Täterschaft auch solche Fälle umfaßt werden, die für die Annahme einer Täterschaft bestimmte Voraussetzungen haben, während diese bei dem eigentlichen Teilnehmer nicht vorliegen, z. B. wenn eine Frauensperson eine unzurechnungsfähige Mannsperson zur Notzucht anstiftet.

---

[1]) Höpfner S. 589; Bissingen und Rippenburg S. 73.

Schon Beling (S. 454) hat darauf hingewiesen, daß die Forderung des geltenden Rechts, für die Annahme einer strafbaren Teilnahme einer Haupthandlung mit vollem Verbrechenscharakter zu verlangen, überspannt ist. „Es leuchtet nicht ein, weshalb nicht der Teilnehmer der von einem Jugendlichen, dem die Einsicht fehlte, oder von einem Kinde oder Geisteskranken oder sonst Schuldlosen begangenen Tatbestandsverwirklichung eben als Teilnehmer soll bestraft werden können, sondern man hier zur Figur der mittelbaren Täterschaft seine Zuflucht soll nehmen müssen.“ Die Reformbestrebungen sind nun auch alle einig darin, daß in Zukunft von diesem Erfordernis insoweit abzusehen ist, daß das Vorliegen eines objektiv rechtswidrigen Verbrechenstatbestandes für die Annahme einer strafbaren Teilnahme genügt.

Der Vorentwurf will zwischen Straf- und Schuldausschließungsgründen nicht mehr unterscheiden und hierdurch erreichen, daß an der Verwirklichung des strafbaren Tatbestandes teilgenommen werden kann. Die akzessorische Natur der Teilnahme soll in diesem Punkte aufgegeben werden.[1]) Der Gegenentwurf verlangt zur Strafbarkeit des Anstifters bezüglich der Tat des Angestifteten die objektive und objektiv rechtswidrige Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes.

Er bestimmt daher in § 34, 2: „Die Bestrafung des Teilnehmers (‚Anstifter‘, ‚Gehilfe‘) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters“.

Ein neues Gesetzbuch mag sich damit abfinden, wie und durch welche Bestimmung es in diesem Punkte seinen Zweck erreicht. Jedenfalls ist zu wünschen, daß eine Bestimmung aufgenommen wird, damit in Zukunft die Bestrafung dessen, der an der Tat eines Unzurechnungsfähigen teilgenommen hat, nicht mehr an der akzessorischen Natur der Teilnahme scheitert.[2])

---

[1]) Vorentw. S. 225, 311. Vgl. auch Mayer S. 359 über den Entwurf: „Die Strafbarkeit der Teilnehmer ist nach dem Entwurf von der Schuld des Täters unabhängig. Die Bestrafung dessen, der an der Tat eines Unzurechnungsfähigen teilgenommen hat, wird künftig an der akzessorischen Natur nicht mehr scheitern“.

[2]) Hierdurch würde das Gesetz dem Standpunkt Höpfners (S. 33) und demjenigen Belings de lege ferenda S. 453 ff., 458 sehr nahekommen.

Eine Aufnahme einer solchen Bestimmung würde dann auch in augenfälliger Weise die Selbständigkeit der Teilnahme zur Anerkennung bringen. Es würde dann sicherlich nicht mehr von einer Entlehnung der Strafbarkeit aus der Haupthandlung geredet werden können, weil ja, wenn ein Unzurechnungsfähiger als Täter in Betracht käme, eine Strafbarkeit für den Haupttäter nicht vorläge. Auch aus diesem Grunde wäre die Aufnahme der erwähnten Bestimmung nur zu wünschen, und es würde mit einer solchen Verselbständigung der Teilnahme sicherlich die Konstruktion von der Teilnahmeteilnahme, die schon nach geltendem Recht unabweisbar ist, zur völligen Anerkennung gelangen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.